TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO DE DIREITO PRIVADO- TOMO VII

Parte Especial

Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (Existencia e validade do casamento).

Tábua Sistemática das Matérias

Livro 1

96

Direito de Personalidade

10

Capítulo 1

0

Direitos de personalidade, em geral

§ 727. *Conceito de direitos de personalidade.* 1. Direitos absolutos; integridade física, liberdade e outros direitos. 2. Direitos de personalidade, direitos absolutos. 3. Direito objetivo e direitos de personalidade

§ 728. *Intransmissibilidade e irrenunciabilidade.* 1. Os direitos de personalidade são intransmissíveis. 2. Os direitos de personalidade são irrenunciáveis. 3. Ligação à vida

§ 729. Os *diferentes direitos de personalidade.* 1. Os principais direitos de personalidade. 2. *Status* e direitos de personalidade. 3. Subjetividade e direitos de personalidade

§ 730. *Direitos de personalidade imediatos e mediatos.* 1.Conceitos, quanto à imediatidade ou não. 2. Imprescindibilidade dos direitos de personalidade

Capítulo II

Direitos de personalidade, espécies

§ 731. *Direito de personalidade como tal.* 1. O primeiro direito de personalidade. 2. Não se trata de direito sobre a pessoa. 3. Inatingibilidade pela lei do Estado

§ 732. *Direito á vida.* 1. lnatidade do direito à vida. 2. Dimito à vida

sem direito à morte. 3. Direito à vida e provL sões à vida

§ 733. Direito à *integridade física.* 1. Dominus *membrorum suorum nerno videtur;* tutela do direito à integridade física.

2. Direito à vida e direito à integridade física. 3. Ofensa à integridade física pela própria pessoa. 4. Irrenunciabilidade do direito à integridade física. 5. Primado do direito à vida.6. Operações cirúrgicas, transplantações e dações de sangue.

7. Direito à integridade física e direito à liberdade

§ 734. Direito à *integridade* psíquica. 1. Direito à integridade psíquica, direito absoluto. 2. Direito à integridade psíquica e direito à integridade física. 3. Escala de direitos: direito à vida, direito à integridade psíquica e direito à integridade física

§ 735. Direito à *liberdade.* 1. Direito à liberdade e limites a ele. 2. Direito à liberdade, pretensões, ações e exceções.

3. A chamada liberdade de negociar. 4. Liberdade de escolher profissão não é direito de personalidade. 5. Contra quem se dirige o direito à liberdade. 6. Se o direito de liberdade é público ou privado. 7. Direito à liberdade, direito inato

§ 736. *Direito à verdade.* 1. Direito à verdade e papel que exerce a exceptio veritotis. 2. Tutela do direito à verdade.

3. Ação nos crimes de calúnia e de difamação. 4. Morte e direito à verdade

§ 737. *Direito à honra.* 1. Conceito de honra. 2. Pessoas jurídicas e honra. 3. Direito inato. 4. Calúnia e ofensa àhonra. 5.

Ofensa não-criminosa à honra. 6. Cessação do direito à honra. 7. Tutela jurídica do direito à honra. 8. Reintegração da honra

§ 738. Direito *à própria imagem.* 1. Problema *de iure* condendo e problema de iure *condito.* 2. identificação pessoal e imagem. 3. O

direito à própria imagem e a doutrina desde 1896. 4. Direito à honra e direito à própria imagem; fixação do conceito de direito à própria imagem. 5. Direito à própria imagem, direito à imagem das coisas próprias e direito à imagem em coisas. 6. Direito à própria imagem e direito às cópias. 7. Caricatura e direito à própria imagem. 8.

Intransmissibilidade do direito à própria imagem. 9. Representação decorativa da pessoa. 10. Cessação do direito à própria imagem

§ 739. Direito *de igualdade.* 1. Evolução do direito e igualdade humana. 2. Direito à igualdade e seus limites

§ 740. Direito ao nome. 1. Personalidade e nome. 2. Prenome e impositio nominis. 3. Nome inteiro e nome particular.

4. Nome individual, firma individual (nome comercial da pessoa física) e título do estabelecimento e marcas. 5. Nome das pessoas jurídicas

§ 741. *Aquisição* do nome. 1. Prenome. 2. Sobrenome.3. Adoção e sobrenome. 4. Reconhecimento de filho e sobrenome

§ 742. Direito *a ter nome e direito de nome (direito* ao *nome).* 1. Seres humanos e direito ao nome. 2. Escolha e auto-imposição do nome

§ 743. Direito ao nome e *dever de ter e* conservar o *nome.* 1. Direito e dever de ter nome; princípio da imutabilidade.

2. Natureza do direito ao nome. 3. Direito ao nome e interesse individual; direito público. 4. Direito ao nome, direito absoluto. 5. Pessoas físicas, pessoas jurídicas e direito ao nome. 6. Intransferibilidade do direito ao nome. 7. Deveres de ter e de conservar nome

§ 744. Função identificativa do nome. 1. Nome e duração. 2. Princípio da definitividade do prenome. 3. Sobrenome e.

alteração

§ 745. Direito *de emprego, não-identificativo, do nome* ou *seus elementos*

componentes. 1. Funções secundárias, não-identificativas, do nome. 2. Emprego do nome em função não-identifícativa

§ 746. *Ofensas* ao *direito* ao *nome.* 1. Tutela jurídica do direito ao nome. 2. Nome comercial (individual). 3. Mulher casada e nome do marido. 4. Ofensa específica ao direito ao nome

§ 747. *Ofensas* ao nome. 1. Ofensas em geral; ofensas por negação. 2. Ofensas por usurpação, para si ou para outrem.

3. Danos materiais e danos morais. 4. Ação de usurpação

de nome

§ 748. *Tutela do* nome. 1. Ações oriundas do direito ao nome: A) Ação declarativa. 2. B) Ação de condenação. 3. C) Ação de indenização por ato ilícito absoluto. 4. Designações de status. 5. Usurpação e aplicação do nome a coisas. 6.

Nome em marcas de produto ou de serviço, de certificação e coletivas. 7. Abuso do direito ao nome. 8. Títulos científicos, artísticos e outros. 9. Pessoas jurídicas e tutela do nome. 10. Nome e registro de marcas

§ 749. *Pseudônimo.* 1. Conceito de pseudônimo. 2. Função de ocultação da identidade pessoal. 3. Limites à faculdade de criar pseudônimo. 4. Acréscimos ao nome. 5. Egípcios e Romanos. 6. Nome ocultante, nome artístico, nome profissional. 7. Natureza do pseudônimo. 8. Direito romano, direito grego e direito ao nome e ao pseudônimo. 9. Direito a ter pseudônimo e personalidade. 10. Aquisição do pseudônimo. 11. Perda do pseudônimo. 12. Direito ao pseudônimo e direito patrimonial de autor. 13. Relações de direito público e uso de pseudônimo. 14. Pseudônimo, parte material de publicação periádica. 15. Titulo de estabelecimento e pseudônimos

§ 750. *Dever de ter e de* usar *pseudônimo.* 1. Dever, de origem negocial. 2. Mulher casada

§ 751. *Tutela do pseudônimo.* 1. Ações oriundas do direito ao pseudônimo. 2. Atividade e uso do pseudônimo; eficácia da averbação. 3. Ação de condenação específica

§ 752. Nome comercial. 1. Nome específico e nome comercial (individual). 2. Firma e estabelecimento; crítica a expressões das leis. 3. Nome comercial, direito de personalidade. 4. Nome das pessoas jurídicas

§ 753. *Direito* ao nome *de coisa.* 1. Nome de coisas.2. Propriedade intelectual e propriedade de títulos de periódicos

§ 754. *Direitos oriundos de exercício de liberdades.* 1. Direitos inatos e direitos natos. 2. Direitos oriundos do exercicio das liberdades

§ 755. *Direito a velar a intimidade.* 1. intimidade e invasão pelos sentidos alheios. 2. Limitações ao direito de velar a intimidade. 3. Direito a velar a intimidade e liberdade de fazer e de não fazer. 4. Direito à intimidade e inviolabilidade do domicílio. 5. Correspondência fechada. 6. Titular do direito ao segredo epistolar. 7. Quando cessa o direito ao sigilo.

8. Violação sem ser para publicação. 9. O que se entende por manifestação em segredo. 10. Se há disponibilidade do direito ao segredo. 11. Morte da pessoa que escreveu a carta, ou gravou o disco ou filme. 12. Diários, memórias pessoais ou familiais e confissões. 13. Segredo em livros e outras obras sem direito a segredo. 14. Transmissão oral ou gesticular.

15. Agências de informações e de investigações

§ 756. *Direito autoral de personalidade.* 1. Personalidade e direito autoral. 2. Conceituação do direito autoral de personalidade. 3. Direitos concernentes à criação e ações deles resultantes. 4. Análise das ações. 5. O direito autoral no tempo. 6. Direito de correção. 7. Propriedade intelectual. 8. Tutela do direito autoral de personalidade. 9. Anonimato.

10. Pseudônimo. 11. Diferença entre a tutela do direito autoral de personalidade e o direito patrimonial de autor. 12. Pessoas jurídicas, direito patrimonial de autor e direito autoral de personalidade

Livro II

Direito de Família

Titulo I

Direito Matrimonial, I

Introdução

§ 757. *Fato social e* processos sociais *de adaptação.* 1. Adaptação social e fato social. 2. Mundo social. 3. Interdependência dos fatos sociais. 4. Principais processos sociais de adaptação. 5. Círculos sociais. 6. Direito e valor de estabilização

§ 758. Leis *de evolução jurídica.* 1. Lei sociológica. 2. Lei das três fases e lei da crescente dilatação e integração dos círculos sociais. 3. Simetrização entre homem e mulher....

§ 759. *Par* andrógino *e duração; círculos* sociais *e família.* 1. O menor círculo social. 2. Ninho e associação. 3. Par an-drógino. 4. Clã. 5. Fratria. 6. Fator geográfico. 7. Tribos. 8. Círculo social e direito: tipos de direito. 9. Relações de fa mí-

lia: regramento do casamento e direito tutelar e parental..

§ 760. Conceito *de família.* 1. Diversidade dos conceitos. 2. Tipo patriarcal. 3. O conceito de familia no Código Civil.

4. O que é forma de família. 5. Monogamia e poligamia.6. Relações de dependência

§ 761. Teorias *em relação à origem da família.* 1. Organização primitiva. 2. Teorias principais. 3. Problema da origem e do encadeamento das formas de família

§ 762. *Matriarcado, patriarcado, forma atual.* 1. Origens. 2. Formas legais. 3. Poder marital e poder patriarcal

§ 763. *Direito em geral;* direito *de família.* 1. Conceito de sociedade e

conceito de direito. 2. O direito como processo social de adaptação. 3. Classificação das regras jurídicas. 4. Direito de família. 5. Divisão do direito de família. 6. Regras jurídicas cogentes; prazos preclusivos e prazos prescricionais. 7. Direitos personalíssimos e irrenunciabilidade. 8.

Direito romano e direito germânico, na formação do direito de família. 9. Classificação dos direitos de familia, direitos absolutos. 10. Princípios de liberdade; sanções jurídicas. 11. Vida em comum. 12. Ações de direito de família. 13.

Religião, moral e costumes de família. 14. Finalidade da legislação de direito de família (direito estatal confessional).

15. Elemento religioso, ético e costumeiro no direito da família

Parte 1

Existência e validade do casamento

Capitulo 1

Casamento

§ 764. *Casamento ou núpcias.* 1. O que é casamento.2. Pompa nupcial. 3. Razões de método. 4. Fontes romanas e germânicas do direito canônico. 5. Esponsais

§ 765. Definições *de* casamento. 1. Definições romanas. 2. Definições de juristas brasileiros. 3. A procura de definição.

4. Elemento contratual do casamento. 5. Casamento civil .6. Conseqüências do casamento civil. 7. O casamento civil no Brasil. 8. Definições de casamento. 9. Relações sexuais e casamento. 10. Concubinato. 11. A procriação e o interesse do Estado. 12. Interpretação das regras de direito matrimonial

Capítulo II

Impedimentos matrimoniais

§ 766. *Qualidades e* pressupostos *para* se contrair casamento. 1. Elemento ético do casamento. 2. Classificação dos impedimentos. 3. Direito canônico e classificação dos impedimentos. 4. Influência protestante. 5. Dirimência abso luta e nulidade; dirimência relativa. 6. Terminologia do Código Civil

§ 767. Impedimentos absolutamente dirimentes 1. Parentesco. 2. Impedimento de ligação ou de vínculo. 3. Impedimento por adultério. 4. Impedimento de crime. 5. Nulidades por incompetência

§ 768. *Impedimentos relativamente dirimentes.* 1. Coação e incapacidade do consentir. 2. Rapto. 3. Falta de assentimento. 4. Impedimento de idade.

Capítulo III

Dirimência relativa por vício de vontade

§ 769. Erro, *dolo, violência e simulação.* 1. Erro, dolo e violência. 2. Simulação. 3. *Error fortunae, error qualitatis.*

4. Pressuposto do erro. 5. A malícia do outro cônjuge não é pressuposto

§ 770. Casos *de anulabilidade por erro.* 1. Solução técnica do Código Civil. 2. Erro sobre a pessoa e erro sobre algumas qualidades. 3. Ignorância de crime inafiançável. 4. Defeito físico irremediável e moléstia grave e transmissível. 5. Igno rância de defloramento anterior

Capítulo IV

Impedimentos proibitivos

§ 771. *Impedimentos proibitivos.* 1. Dirimência e impediência. 2. Direito canônico. 3. Proibições fora do direito de familia

§ 772. *Enumeração dos impedimentos* proibitivos. 1. O art. 183, XIII-XVI, do Código Civil. 2. Viuvez com prole e sucessão. 3. Casamento anterior inválido. 4. Tutor, curador e parentes. 5. Juiz, escrivão e parentes. 6. Casamento religio so ainda não-inscrito

Capítulo V

Atos preparatórios do casamento

§ 773. *Período preparatório.* 1. Preparação do casamento. 2. Casamento religioso ..

.

§ 774. *Da habilitação para o casamento civil.* 1. Habilitação para o casamento civil. 2. Certidão de idade ou prova equivalente. 3. Declaração do estado, do domicilio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos. 4. O assentimento das pessoas sob cuja dependência estiverem, ou do ato judicial, que o supra. 5. Declaração de duas testemunhas. 6. Prova da inexistência de casamento anterior. 7. Residência alhures. 8. Prova de sanidade.

9. Proclamas. 10. Certidão de não-oposição de impedimento. 11. Residências dos nubentes em circunscrições diferentes.

12. Registro dos editais. 13. Dispensa de publicação. 14. Gratuidade. 15. Penalidade

§ 775. *Oposição dos impedimentos.* 1. Oposição de impedimento e pedido de decretação de invalidade. 2. Publicidade.

3. Impedimentos de interesse público. 4. Impedimentos proibitivos. 5. Legitimação ativa

§ 776. *Regras gerais quanto* à *oposição.* 1. Tempo em que se opõem os impedimentos. 2. Nota da oposição. 3. Eficácia da oposição. 4. Dispensa de impedimento. 5. Celebração na pendência ou efetividade da oposição

§ 777. *Posposição do processo da habilitação.* 1. Colocação normal no tempo e inversão. 2. Casamento religioso.

3. Ratificação

Capitulo VI

Representação no casamento

§ 778. *Exclusão da representação legal.* 1. Caráter personalíssimo do ato. 2. Representação voluntária. 3. Lei pessoal

§ 779. Casamento *por procuração no direito brasileiro.* 1. Procuração. 2. Conteúdo do art. 201 do Código Civil.

3. Lei pessoal e procuração. 4. Princípios próprios do direito de família. 5. Representação de ambos os cônjuges. 6.

Revogação dos poderes, loucura e morte do outorgante

§ 780. *Casamento* por *carta e* por núncio. 1. Casamento por carta, ou por núncio. 2. Direito contemporâneo

§ 781. Existência *e validade da procuração.* 1. Existência, validade e eficácia. 2. Consentimento, ainda posterior **Capítulo VII**

Celebração do casamento civil

§ 782. *Ato de celebração (forma* ordinária). 1. Simbolismo matrimonial. 2. Tempo e lugar; pessoas presentes. 3. Declarações e testemunho. 4. Não-simultaneidade das cerimônias nupciais. 5. Palavras do juiz

§ 783. *Ato de celebração (formas* excepcionais). 1. Fim do casamento. 2. Formas excepcionais. 3. Dados históricos sobre o casamento *in extremis*

§ 784. *Casamento em caso de* moléstia *grave.* 1. O Código Civil, art. 198. 2. Lugar em que se celebra o ato. 3.

Casamento à noite. 4. Oficial *ad hoc.* 5. Testemunhas.

§ 785. *Casamento em iminente risco de vida*. 1. Pressuposto da

proximidade da morte. 2. Questões relativas àimpediência. 3. Cópula carnal e casamento *in articulo mortis.* 4. Decisão da autoridade e recurso. 5. Pressupostos do casamento nuncupativo. 6. Se o casamento do art. 199, parágraf o único, pode ser feito perante autoridade. 7. Limites da competência do juiz

§ 786. *Suspensão do ato da celebração.* 1. Casos de suspensão. 2. Casamento *in articulo mortis*

Capitulo VIII

Casamento perante autoridade religiosa

§ 787. *Direito vigente no Brasil.* 1. As Constituições de 1891 1934, 1937, 1946, 1967, 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, e 1988. 2. Lei pessoal. 3. Habilitação dos nubentes

§ 788. *Regulamentação legal do casamento religioso.* 1. Direito de 1934-1950. 2. A primeira lei ordinária e a Lei de 1950. 3. Leis nº‟ 1.110, de 23 de maio de 1950, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973

§ 789. *Celebração do casamento religioso.* 1. Eficácia da certidão. 2. Forma

§ 790. *Competência do celebrante,* 1. Regras de competência. 2. Direito estatal e direito confessional

§ 791. *Registro do casamento* religioso. 1. Três espécies de casamento religioso. 2. Lei penal

§ 792. *Efeitos do registro.* 1. Casamento religioso e registro. 2. Casamento registrável **Capítulo IX**

Publicidade do casamento

§ 793. *História do* princípio *de publicidade.* 1. Publicidade oriunda do registro. 2. Clandestinidade. 3. O direito canônico antes do Concilio Tridentino. 4. O Concílio Tridentino. 5. Dificuldades posteriores da Igreja. 6. Proscrição dos casamentos clandestinos. 7. O Código Civil brasileiro e a publicidade

§ 794. *Registro civil do casamento.* 1. Celebração e registro. 2. Lavratura do assento. 3. Tempo do registro. 4. Lei nº

6.015, de 1973

§ 795. *Requisitos* essenciais do *assento.* 1. O art. 195, alínea 2ª, do Código Civil. 2. Perda do registro **Capítulo X**

Prova do casamento

§ 796. Considerações gerais. 1. Qual a lei que rege a prova. 2. As Constituições de 1934, de 1946, de 1967 e de 1988

§ 797. *Provas do casamento civil e do registro do casamento religioso.* 1. O Decreto nº 9.986, de 31 de dezembro de 1888. 2. O casamento religioso, no direito civil brasileiro. 3. O art. 205 do Código Civil. 4. Prova do casamento religioso. 5. Ação contra a validade da certidão do casamento

§ 798. *Posse de estado de casados.* 1. O art. 203 do Código Civil. 2. Pressupostos do art. 203

§ 799. *In dubio pro matrimonio.* 1. O art. 206 do Código Civil. 2. Exame das hipóteses. 3. Confusões a serem evitadas.

4. Exclusão do favor. 5. Um erro do Supremo Tribunal Federal

§ 800. *Casamento celebrado fora do Brasil.* 1. O art. 204 do Código Civil. 2. O parágrafo único do art. 204

Capítulo XI

Pressupostos de existência do casamento

§ 801. *Pressupostos necessários à existência do casamento.* 1. Conceito de casamento inexistente. 2. Existência, validade e infração de impedimento. 3. Diferença de sexo e celebração do ato. 4. Incompetência absoluta do celebrante.

5. Celebração do casamento religioso. 6. O problema da falta de consentimento

§ 802. *Regras jurídicas gerais sobre casamentos inexistentes.* 1. Inexistência e invalidade. 2. Défice no suporte fático.

3. Boa-fé e inexistência do casamento. 4. Ação rescisória das sentenças. 5. Ineficácia do casamento inexistente. 6. Ações quanto a inexistência. 7. Desistência, recurso e transação. 8. Celebração, presença *e* prova irregularidades. 4.

Competência para aplicação das penas.5. Indenização

Capítulo XII

Consequências dos impedimentos

§ 803. *Eficácia dos impedimentos matrimoniais.* 1. Classificação dos efeitos. 2. Legitimação ativa e Ministério Público

§ 804. *Efeitos comuns* dos *impedimentos.* 1. Oposição dos impedimentos. 2. Penalidade e outras sanções

§ 805. *Penalidades impostas aos celebrantes.* 1. Multa ao oficial do registro público. 2. Multas ao juiz. 3. A Igreja e as

§ 806. *Nulidades e anulabilidades, sanáveis e insanáveis.* 1. Nulidade. 2. Anulabilidades. 3. Ações constitutivas negativas. 4. Litispendência

Capítulo XIII

Não-validade do casamento

§ 807. *Princípios gerais de direito matrimonial sobre conteúdo.* 1. Princípios gerais e direito de familia. 2. Direito especial sobre o casamento

§ 808. *Princípios gerais de direito matrimonial sobre forma.* 1. As regras juridicas do Código Civil. 2. Essencialidade do registro. 3. Infração de

lei de forma. 4. Sanação. 5. Portas abertas. 6. Inexistência e invalidade. 7. Declaração da autoridade celebrante. 8. Justificação

§ 809. *Repetição e ratificação do casamento.* 1. Ratificare-celebração. 2. Direito brasileiro. 3. Extinção de 4. Ratificação. 5. Efeitos

§ 810. *Quem pode pedir julgamento de nulidade, ou a anulação.* 1. Decretação de nulidade e legitimação ativa.

2. Ministério Público. 3. Intransmissibilidade. 4. Interessados. 5. Atribuição do Ministério Público. 6. Anulabilidades.

7. Se o representante legal do menor assentiu no casamento. 8. Ação de separação judicial

§ 811. *Prescrição e ações de nulidade e de anulação.* 1. Nulidade e prescrição. 2. Anulabilidades. 3. Principios relativos às separações judiciais e princípios relativos à decretação de nulidade ou à anulação. 4. Tempo em que se alega a prescrição. 5. Emendas ao Código Civil. 6. Preclusão e processo nulo

§ 812. *Nulidade* e anulação do *casamento religioso.* 1. Princípios de conteúdo e princípios de forma. 2. Prevalência do direito civil

§ 813. *Prova* nos processos *de nulidade e de anulação do casamento.* 1. Onus da prova. 2. Confissão. 3. Alcance da confissão. 4. Contumácia, *Jicta confessio.* 5. Existência e validade do casamento. 6. Depoimentos. 7. Prova da coação. 8.

Parentesco e impedimentos. 9. Texto formal. 10. Prova do erro. 11. Prova da insuportabilidade derivada do erro.

12. Trânsito em julgado. 13. Duas ou mais ações de nulidade ou de anulação. 14. Ação de anulação por coação e ação de anulação por erro sobre a pessoa do outro cônjuge.15. Os arts. 203 e 206 do Código Civil. 16. *Favor matrimonii*

§ 814. *Processo das ações de nulidade e de anulação.* 1. Rito ordinário. 2. Diferença de tratamento das nulidades na Parte Geral do direito privado e no direito matrimonial. 3. Ação e reconvenção. 4. Inexcetualidade da regra sobre o rito ordinário, como *lex fori*

§ 815. *Defensor matrimoni.* 1. A figura do defensor do matrimônio, no direito canónico. 2. Defensor permanente ou nomeado *ad hoc.* 3. Falta de nomeação e infração do dever de defesa. 4. Se o *defensor vinculi é* parte no processo ou auxiliar da Justiça. 5. Extensão da sua função.

§ 816. *Separação de corpos.* 1. Textos do Código Civil. 2. Autor e réu podem pedir a separação

§ 817. *Residência e domicílio.* 1. Regras a respeito. 2. Desacordo

§ 818. *Alimentos provisionais.* 1. O que compreendem os alimentos provisionais. 2. Legitimação ativa. 3. Quando podem ser pedidos. 4. Renovação do pedido, insuficiência dos alimentos concedidos, novos pressupostos. 5. Necessidade de serem pedidos. 6. Aplicação do art. 400 do Código Civil. 7. Processo do pedido e princípio de ordem pública. 8. Decisão da ação de separação judicial ou de nulidade ou de anulabilidade

§ 819. *Ação rescisória e nulidade.* 1. Rescisão de sentença proferida sobre nulidade ou sobre anulação de casamento.

2. Coisa julgada. 3. Dois casamentos e rescisão de sentença

PARTE ESPECIAL

Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (*existência* e validade do casamento)

Livro I

Direito de Personalidade

Capítulo I

Direitos de personalidade, em geral

§ 727. Conceito de direitos de personalidade

1.

Direitos absolutos; integridade física, liberdade e outros direitos. Por longo tempo, a técnica legislativa satisfez-se com a simples alusão à" pessoa", ou á" ofensa à pessoa", para as regras juridicas concernentes aos efeitos da entrada do suporte fático, em que há ser humano, no mundo jurídico. De certo modo, a referência era ao suporte fálico, como se lesado fosse ele, e não os direitos que se irradiaram, como efeitos, do fato jurídico da personalidade. Dai não se ter cogitado de debulhar os diferentes direitos que a ofensa poderia atingir. Além disso, a imediata influência do instituto da propriedade, em tempos que conheceram a servidão e a escravidão, concorria para que se pensasse em propriedade, sempre que se descobria serem *absolutos* os direitos em causa. Ainda no século em que vivemos, juristas de prol resistiram a tratar a integridade psíquica, a honra e, até, a liberdade de pensamento como *direitos.*

Antes de qualquer pesquisa, advirta-se em que: *a)* no suporte fático de qualquer fato juridico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento do suporte; *b)* no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é *ser humano,* e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico.

Tratando-se de direitos de personalidade e de direito de propriedade, que são absolutos, quem *causa* (portanto, ainda sem culpa) fato ofensivo (fato ilícito) ao direito, de que se trata, responde por ofensa. Assim, o direito à vida pode ser ofendido sem culpa, e o causador

responde; idem, o direito à integridade física e psíquica, o direito à liberdade, à verdade e à honra, o direito a ter nome e o direito ao nome, o domínio, o usufruto, o uso, a habitação, a renda constituída sobre imóveis, o penhor, a hipoteca e a anticrese, os direitos autorais, os direitos expectativos a direitos absolutos (ditos direitos absolutos de expectativa, *absalute Anwartschaftsrechte),* os direitos formativos geradores, modificadores ou extintivos de direitos absolutos, e os direitos de família absolutos (não os relativos, como o de fidelidade conjugal, razão por que o terceiro, com quem houve o adultério, não pode ser responsabilizado por violação de direito absoluto, — o direito de cônjuge é *relativo,* isto é, só entre cônjuges). Os direitos de que vamos falar, todos ligados à personalidade, são absolutos, ainda o direito à honra.

2. *Direitos de personalidade, direitos absolutos.* Nenhum dos direitos de personalidade é relativo; o fato de serem dirigidos ao Estado, se a ofensa provém de autoridade pública, de modo nenhum os relativiza: apenas, aí, se põe ao vivo que a evolução política e jurídica já alcançou muni-los de pretensões e ações que mantivessem o Estado, que também é pessoa, *dentro* dos limites que o direito das gentes, a Constituição e as leis lhe traçaram. Direitos a sujeitos passivos totais, como são os direitos à personalidade, o Estado apenas é um dos sujeitos que se compreendem na totalidade de sujeitos.

Com a teoria dos direitos de personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica. A principio, obscura, esgarçando-se em direitos sem nitidez, com certa construtividade de protoplasma, como lhe argtiiu Karl Gareis (Das juristische Wesen der Autorrechte, *BOchs Archiv fLir Theorie* und *Praxis des Handels- und Wechselrechts,* 35, 188), mas já permitindo a Bluntschli, em 1853, nela fundar o direito de autor, teve a servi-la dezenas de escritores que acuradamente procuraram definir os "direitos da personalidade", em discussão e material assoberbantes (cf. F. M. Mutzenbecher, Zu r *Lebre vom Persónlichkeitsrecht,* 63).

3. *Direito* objetivo *e direitos de personalidade.* Os direitos de personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa. E

isso o que os juristas dizem quando enunciam que só há bem da vida, relevante para o direito, se o direito objetivo o tutela *(e.g.,* A. Fraenkel, *Die rechtliche Natur des Ehrenschutzes,* 7

s.); mas é direito objetivo o direito supraestatal de que derivam princípios superiores que têm de ser atendidos pelos legisladores estatais. Não é só direito de personalidade o que nasceu no direito privado. Salva uma ou outra imperfeição do sistema, o direito de personalidade é ubíquo; tanto mais quanto vai longe o tempo em que se cria, antes de A. Hãnel *(Deu tsches Staatsrecht,* 1, 159 s.), em que em todos os direitos públicos o titular havia de ser, necessariamente, o Estado: ninguém no plano da ciência, pode, hoje, negar a existência de direitos públicos entre particulares.

§ 728. Intransmissibilidade e irrenunciabilidade

1. Os *direitos de personalidade são intransmissíveis.* Nasçam com a pessoa, ou se adquiram depois, os direitos de personalidade são intransmissíveis. Se o filho de ABC passou a chamar-se ABC, sem que ABC exigisse a inclusão do elemento diferencial D, com que se faria ADBC, a homonímia não é por transmissão: é por pluralidade de aquisição originária. A intransmissibilidade deles éresultante da infungibilidade mesma da pessoa e da irradiação de efeitos próprios (os direitos de personalidade). Não se confunde com a intransmissibilidade do direito de usufruto, de uso, ou de habitação, nem, *a fortiori,* com a transmissibilidade dependente da transmissão do prédio, que resulta do conceito de servidão predial. Toda transmissão supõe que uma pessoa se ponha no lugar de outra; se a transmissão se pudesse dar, o direito não seria *de personalidade.* Não há, portanto, qualquer sub-rogação pessoal; nem poderes contidos em cada direito de personalidade, ou seu exercicio, são suscetíveis de ser transmitidos ou por outra maneira outorgados.

2. Os *direitos de personalidade são irrenunciáveis.* Os direitos de personalidade são irrenunciáveis. Há outros direitos a que se não pode renunciar, tais como aqueles direitos a cujo titular incumbem deveres, de igual ou de maior monta *(e.g.,* direitos de família). A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa. Se o direito é direito de personalidade, irrenunciável é. Não importa, em

consequência, qual seja.

3. *Ligação à vida.* Os direitos de personalidade são inextinguíveis, salvo morte da pessoa. Não podem ser adquiridos por outrem, nem são sujeitos à execução forçada. As pretensões e ações, que se irradiam deles, não prescrevem. Nem precluem as exceções.

§ 729. Os diferentes direitos de personalidade

1. *Os principais direitos de personalidade.* Os principais direitos de personalidade são: *a)* o direito à vida; *b)* o direito à integridade física; c) o direito à integridade psíquica; *d)* o direito à liberdade; *e)* o direito à verdade; fi o direito à igualdade formal (isonomia); *g)* o direito à igualdade material, que esteja na Constituição; h) o direito de ter nome e o direito ao nome, aquele inato e esse nato; o direito à honra; j) o direito autoral de personalidade.

Pensou-se em incluir nos direitos de personalidade o *status.* A nacionalidade seria um deles. O ser filho de A e cônjuge de B,outros. Não cabe aqui a discussão sobre se o *status* é sempre direito subjetivo, mas a nacionalidade mesma, que é mudável, não é direito de personalidade. Com maioria de razão, o *status familiae.*

2. Status *e direitos de personalidade.* Houve, dissemos, quem procurasse classificar como direito de personalidade os direitos de *status.* A nacionalidade, a cidadania, a posição do cônjuge (conjugicidade), a de filho havido dentro ou fora do casamento, ou adotivo, seriam direitos de personalidade. Mas, em verdade, não é da pessoa que se irradiam esses direitos; e sim da pessoa *mais* algum fato jurídico, que é demasiado individual, de cada um, diferentemente, para que pudesse ser ligado à personalidade humana. Alguns são inatos, mas a inatidade dos direitos não basta a tornálos direitos de personalidade. Outros, não. Alguns são irrenunciáveis ou irrevogáveis as declarações que estavam no suporte fático do fato jurídico de que emanaram; da adoção dos maiores de dezoito anos de idade pode desligar-se o menor, ou interdito, no ano imediato em que cessa a menoridade, ou a interdição (art. 373), ou dissolvida pela convenção (art. 374, 1), ou

por ação de dissolução por ingratidão (art. 374, II). Não se muda de direitos de personalidade; muda-se de nacionalidade. Se o exposto (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 61) nunca veio a conhecer a sua origem, paterna ou materna, nem por isso se pode entender que algo perdeu da sua pessoa: a pessoa é, *ainda* se são ignorados ascendentes, raça, povo, Estado, a que pertence. Tampouco perde em sua pessoa o que nasce sem pátria, ou fica sem pátria: o apátride é pessoa, como o que tem pátria.

3. *Subjetividade e direitos de personalidade.* Se cada direito de personalidade é subjetivo, ou se se dá ação, é questão que se tem de pôr *a posteriori* e para cada um, de per si. Seria erro dizer-se que, se cada um é direito, subjetivo é, como aventurou F. M. Mutzenbecher *(Zur Lebre vorn Persõnlichkeitsrecht,* 44): há direitos assubjetivados, e alguns podiam ainda não ser subjetivos. Por outro lado, o ser *erga omnes,* por ser direito absoluto, como os direitos reais, e ser independente de culpa a responsabilidade por ofensa a eles, não bastaria para se lhes atribuir subjetividade.

§ 730. Direitos de personalidade imediatos e mediatos

1. *Conceitos, quanto à imediatidade ou não.* Os direitos à identidade pessoal (nome, fichas datiloscôpicas, retratos e outros meios de identificação, inclusive testemunhais) são direitos que têm por objeto a aquisição de meios identificativos. Da aquisição desses meios é que surgem os direitos ao nome, o direito a que se não destrua o registro da sua identidade (ligação do nome às fichas tomadas) e o direito a ser respeitada a sentença em que se julgou provada a sua identidade por testemunhas, ou por outros meios de prova. Após o direito de personalidade como tal, vêm, pois, os direitos a ter nome, o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à igualdade formal ou material (dependente do grau de evolução do sistema jurídico, na dimensão da igualdade). São inatos, no sentido de nascerem com o homem. São imediatos.

O

direito ao nome é direito mediato. Supõe já se ter nome. Dir-se-á que o sobrenome, o nome de família, pertence ao homem desde que nasceu e, pois, antes da imposição do prenome. Mas o direito, que há,

é o de incluir-se o sobrenome, o nome de família, na composição do nome: não se herda o nome de família; *tem-se direito a adquiri-lo.* O exposto que recebeu nome artificial, ao ser descoberta a sua ascendência, adquire o nome, por força, *ex tunc,* da sentença sobre a filiação ou do negócio jurídico de reconhecimento.

Entre os direitos que se resguardam ao nascituro estão os direitos à integridade, física e psíquica, e à vida, pelos quais hão de zelar os pais ou o curador ao ventre (arts. 4º,2ª parte, 458 e 462, parágrafo único), e os outros direitos de personalidade.

2. *Imprescindibilidade dos direitos de personalidade.* Os direitos de personalidade são ditos essenciais, imprescindiveis, à personalidade. O problema torna-se mais preciso quando se discute se o direito ao nome comercial individual é direito de personalidade, ou não. O direito ao nome das pessoas jurídicas, civis, comerciais, ou públicas, é de personalidade, e imediato; personalidade e nome exsurgem juntamente. O nome comercial individual é variante do nome civil, ou o próprio nome civil, sem qualquer alteração. Funciona como o nome particular que se destina à atividade comercial e como o pseudônimo.

O

direito a ter nome é direito inato; nasce-se com ele. O nascituro é identificado pelos informes sobre a mãe e o tempo da concepção: ainda não tem *o* direito a ter nome, posto que possa ser resguardado (art. 4ª, V parte). O direito ao nome não é inato; nasce com a aposição do nome.

Capitulo II

Direitos de personalidade, espécies

§ 731. Direito de personalidade como tal

1. O *primeiro direito de personalidade.* O primeiro direito de personalidade é o de adquirir direitos, pretensões, ações e exceções e de assumir deveres, obrigações, ou situações passivas em ação ou exceção. Não se lhe chame pré-condição, como E. Ferrara *(Trattato,* 1, 458): seria empregar-se termo atécnico, para se poupar o esforço de investigação mais profunda. Se a capacidade de direito é pressuposto do nascimento de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, o problema de existir, ou não, direito de personalidade como tal. direito-cerne, *vem* antes de se pensar em pressuposto. Nada obsta a que, se o poder público nega ao estrangeiro a capacidade de adquirir em território nacional, ou de assumir, em território nacional, certas dividas, exerça ele a pretensão à tutela jurídica, por meio, por exemplo, de ação declaratória, ou condenatória de preceito cominatório, ou manda-mental de mandado de segurança, para que se lhe declare a relação jurídica de que se irradia, como efeito, o direito de personalidade como tal, isto é, o direito a ser sujeito ativo ou passivo de relações jurídicas. Mais desacertado ainda seria reduzir a capacidade de direito a „casca", ou a

"atitude", ou a "veículo" (K. Specker, *Die Persônlichkeitsrechte,* 2; A. de Cupis, *1 Diritti deila personalitâ,* 16). O

problema é extremamente delicado para bastarem expressões literárias ou do falar comum. Quando os escritores debulham os direitos de personalidade e crêem que só ficou a casca, a pele, não atentam em que ainda é direito o que fica; tanto assim que pode ser protegido.

Aqui, ergue-se, digamo-lo assim, diante do cientista do direito, um dos problemas cruciais da sistemática juridica: o problema de só existir *um* direito de personalidade, de que se esgalhariam efeitos secundários, pretensões, ações, exceções; ou de existirem muitos direitos de personalidade, sem nada que os envolva; ou de existir *um* direito de

personalidade, a que se há de chamar direito de personalidade como tal, e *muitos* direitos de personalidade, que a ciência tem de estudar de per si, para lhes fixar os traços comuns e os diferenciais. Neste capitulo temos, portanto, de lhe dar solução, sem empregarmos a pesquisa em vaguidades literárias e atécnicas. Havemos de começar pelo exame do direito de personalidade como tal. Trataremos, depois, do direito à vida (§ 732), do direito à integridade fisica (§ 733), do direito à integridade psíquica (§ 734), do direito à liberdade (§ 735), do direito à verdade (§ 736), do direito à honra (§

737), do direito à própria imagem (§ 738), do direito de igualdade (§ 739), do direito ao nome (§ 740), quando teremos de falar da aquisição do nome (§ 741), distinguindo o direito a ter nome e o direito de nome ou direito ao nome (§ 742), e versando problemas relativos ao dever de ter e conservar o nome, à função identificativa do nome, às ofensas de direito ao nome, à tutela do nome, do pseudônimo, da firma comercial (§§ 743-753), dos direitos oriundos de exercício de liberdades (§ 754), do direito de velar a intimidade (§ 755) e do direito autoral de personalidade (§ 756).

O

direito à personalidade como tal é direito inato, no sentido de direito que nasce com o individuo; é aquele poder in *se ipsum,* a que juristas do fim do século XV e do século XVI aludiam, sem ser, propriamente, o direito sobre o corpo, *in corpus suum potestas.* Não se diga que o objeto é o próprio sujeito; nem se pode dizer que, nele, o eu se dirige ao próprio eu ("Mein lch lenkt das eigene lch", escrevia J. Kohler, Das lndividualrecht ais Namenrecht, *Archiu fúr Búrgerliches Recht,* V, 77, e noutros lugares). O objeto do direito de personalidade como tal não é a personalidade: tal direito é o direito subjetivo a exercer os poderes que se contêm no conceito de personalidade; pessoa já é quem o tem, e ele consiste exatamente no jus, direito absoluto, como o de propriedade, que com ele não se confunde, posto que o objeto do direito de personalidade como tal seja a irradiação da entrada de suporte fático no mundo jurídico (= o fato jurídico do nascimento de ser humano com vida).

2. Não se *trata de direito* sobre *a* pessoa. O direito de personalidade como tal não é direito sobre a própria pessoa: é o direito que se irradia do fato jurídico da personalidade (= entrada, no mundo jurídico, do fato do nascimento do ser humano com vida). Há direitos de personalidade que recaem in *corpus suum;* não está, entre eles, o direito de personalidade como tal. O bem que lhe faz o objeto é o bem

mesmo de poder ser sujeito de direito, que é da mesma natureza que o bem de poder deixar em testamento, posto que não sejam da mesma natureza os direitos. (Se o sistema jurídico eliminasse a sucessão testamentária, diminuiria o campo da autonomia privada, sem que atingisse a personalidade.)

Direitos de personalidade são todos os direitos necessários à *realização* da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas.

O primeiro deles é o da personalidade em si mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade *após* o direito de ter nome, já esse, a seu turno, posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal. Quem é pessoa (= tem direito de personalidade como tal) tem direito a ter nome; quando se dá a impositio *nominis,* há o direito ao nome, que é necessário, instrumentalmente, à inserção da pessoa nas relações jurídicas. A criança herda antes de ter nome.

3. lnatingibilidade *pela lei do Estado.* O direito de personalidade como tal, que têm os homens, é inatingivel, *de lege lata,* pelo Estado. O direito de personalidade como tal, que têm as pessoas jurídicas, somente nasce porque a lei estabeleceu o surgimento da pessoa jurídica. Salvo regras juridicas constitucionais, a lei ordinária pode exigir novos pressupostos para a aquisição. Por outro lado, o direito de personalidade como tal, que tem o homem, e ubíquo: não se pode dizer que nasce no direito civil, e daí se exporta aos outros ramos do sistema juridico, aos outros sistemas jurídicos e ao sistema jurídico supra-estatal; *nasce,* simultaneamente, *em* todos. O direito de personalidade como tal, que têm as pessoas jurídicas, não é ubíquo: a personalidade é interior ao sistema jurídico; os outros a importam, ou não, ou atribuem àentidade criada outra personalidade (nosso La Création et la Personnalité des personnes juridiques en droit international privé, *Mélanges* Streit, 617-630).

A vontade nada pode quanto a diminuir ou a aumentar a personalidade. O direito romano, pela voz de Calistrato, disseo, quanto à liberdade (L. 37, D., *de liberali causa,* 40, 12: “Conventio privata neque servum quemquam neque libertum alicuius facere potest”). O direito canônico tentou admitir que até aí fosse a

autonomia da vontade; mas os nossos dias retomaram a trilha romana.

§ 732. Direito à vida

1. *Inatidade do direito à vida.* O direito à vida é inato; quem nasce com vida tem direito a ela. O direito constitucional e o penal inserem regras jurídicas que implicitamente o afirmam. Ainda quando Constituições têm permissão da pena de morte, tais regras jurídicas são limitativas do direito à vida e contrárias à Constituição no que não estejam no campo da permissão. Na Constituição de 1988, art. 52, XLVII, *a),* 1ª parte, diz-se que não haverá pena de morte; mas (art. 59, XLVII, *a),* 2ª parte) é ressalvada, quanto àpena de morte, sua permissibilidade na hipótese de guerra declarada pelo Presidente da República, autorizado ou referendado pelo Congresso Nacional, em caso de agressão estrangeira.

Afirmação e, depois, *limitação.* Na regra jurídica, implícita, que diz "a vida é incólume às leis e aos outros atos dos poderes públicos, bem como protegida contra quem quer que seja", o bem, que se protege, é a vida mesma, o interesse de viver. Com o nascimento da personalidade (= entrada do nascimento do ser humano no mundo jurídico), nasce o direito à vida, como irradiação de eficácia do fato jurídico *stricto sensu* do nascimento do ser humano com vida (art. 42, 1ª parte). Nas leis penais e policiais, muitas são as regras juridicas que protegem a vida. Antes do nascimento, resguarda-se.

Em relação às leis e a outros atos, normativos, dos poderes públicos, a incolumidade da vida é assegurada pelas regras jurídicas constitucionais e garantida pela decretação da inconstitucionalidade daquelas leis ou atos normativos, em ação autônoma, ou em defesa inicial, ou em recurso extraordinário. Em relação aos atos contrários a direito, que atinjam a vida, e aos fatos mesmos, os meios de proteção podem ser: a pretensão e ação (penais) das medidas de segurança (Código Penal, arts. 17 e 31; Código de Processo Penal, arts. 549-555); a pretensão e ação (civil) de cominação com preceito inicial; a pretensão e a ação especificas de cominação na sentença, que é a ação de abstenção. O mandado de segurança é ação mandamental cabível sempre que haja os seus pressupostos (Constituição de 1988, art. 52, LXIX), isto é, se a pena de morte não é, na espécie, admitida e se a ofensa ou ameaça provém de autoridade pública.

O

consentimento do que sofre o ato contra a vida (homicidio ou atentado contra a vida do consentinte) não exclui a contrariedade a direito, por isso mesmo que o direito à vida é irrenunciável. A punição do que induz ou instiga alguém a suicidar-se, ou lhe presta auxilio para que o faça (Código Penal, art. 122) é aplicação do principio da irrelevância do consentimento. A regra jurídica do art. 126 (aborto com o consentimento da gestante) torna menos grave o crime, por ser menor a periculosidade do agente; e a do art. 128, II, tem por suporte fático o ato de aborto ± o ter sido o feto proveniente de ato sexual de estupro + consentimento. Aliás, aí, o consentimento não é a causa sozinha da pré-

excludência; a pré-exclusão da contrariedade a direito provém do fato da concepção sem a vontade da mulher *mais* consentimento no aborto, razão por que também não há o crime de aborto se a mulher, não consentinte na fecundação, foi fecundada artificialmente (por interpretação da lei penal) e consente no abodo.

O

direito à vida é direito ubiquo: existe em qualquer ramo do direito, inclusive no sistema jurídico supra-estatal (direito das gentes). E absurdo reduzi-lo a direito privado (ainda assim A. de Cupis, *1 Diritti delia personalitá,* 57).

2. *Direito à vida sem direito à morte.* Pensou-se que o direito àvida implicava direito à morte. O homem, se tem direito de viver, tem direito de morrer. A sociedade não teria interesse a pregar àvida quem não na quer O suicídio seria saída voluntária do circulo social. O sofisma ressalta. A todo direito corresponde dever, mas dever de outrem; a toda pretensão corresponde obrigação, mas obrigação de outrem; a toda ação, ou toda exceção, a posição passiva de outrem. Se o sujeito passivo é total, o próprio titular está incluido, no que se possa evitar a confusão. Não há como se tirar do direito de viver o direito de morrer. Se houvesse tal direito, não se puniria a ajuda ao suicídio, nem se reputariam não contrários a direito os atos tendentes a se impedir o suicídio, nem se daria a algumas pessoas, *e.g.,* a quem tem a guarda do incapaz, o dever de impedi-lo.

3. *Direito à vida e* provisões *à vida.* O direito à vida é inconfundível com o direito à comida, às vestes, a remédios, à casa, que se tem de organizar na ordem política e depende do grau de evolução do sistema jurídico constitucional ou administrativo. Sem razão, pensa-se em pó-lo, a esse, entre os direitos de personalidade (F. Degni, *Le Persone fisiche e i Diritti delia personalità,* 185). O direito à existência dirige-se a alguém, é relativo, nunca absoluto; o Estado é que tem o dever, a obrigação e a posição passiva nas ações e exceções, quando inserto nas Constituições como direito subjetivo. O

direito ao salário mínimo, que não se confunde com o direito ao mínimo vital, que é o direito à existência, dirige-se e exerce-se contra o que deve o salário, funciona como direito emanado de regra jurídica que deu limite mínimo ao preço do trabalho. Passa-se o mesmo com os direitos ao seguro contra acidentes, invalidez, velhice, falta de trabalho e doenças, todos eles direitos relativos.

§ 733. Direito à integridade física

1. *Dominus membrorurn suorum nemo videtur; tutela do direito à integridade* física. O direito à integridade física — a não ser atingido, no como, por atos de outrem, ou fatos que não deviam acontecer, se a outrem não coubesse agir — já se caracterizava, autônomo, em relação ao interesse patrimonial, quando Ulpiano dizia (L. 13, *pr.,* D., *ad legem Aquiliam,* 9, 2): "Homem livre tem em seu próprio nome a ação útil da Lei Aquília, por não ter a direta, pois a ninguém se considera dono dos seus membros" *(directam* enim non *habet, quoniam* domínus *membrorum* suorum nemo *videtur).*

O direito à integridade física supóe que o objeto seja essa integridade, o ser inatingido, e não a propriedade do corpo. Se o dano ao como se há de ressarcir em valor patrimonial é porque ocorre a irreparabilidade integral no corpo mesmo, O

devedor não pode pagar em unidades no bem que foi violado. Quando se diz que o braço tem valor econômico para o pintor, porque com ele trabalha e ganha para viver, alude-se ao que o pintor produz, usando a mão e o braço; mas esse valor econômico é *plus,* não é ele o que se protege quando se protege a integridade física. Vale dizer-se que a integridade física é bem em si. Se o sistema jurídico adota tarifa, ou avaliação, para o dano àintegridade, tomando por base, ali ao fazer a

lei e aqui para o critério dos avaliadores, o que o lesado deixa de produzir, confunde o interesse que se tutelava com a ação da Lei Aquília e o interesse não-patrimonial. Se o critério é tal que se ressarce o dano de não-produção, *mais* o da ofensa à integridade física como bem em si, têm-se, então, a indenização do dano patrimonial e a do dano ao direito de personalidade, direito absoluto como o de propriedade mas inconfundível com ele. Uma vez que o direito penal contém penas para atos de lesão à integridade física, não se pode dizer que a deficiente tarifa seja indício de se não reconhecer o direito a ela: não *é essencial à existência dois direitos de personalidade que* os *atos contrários a eles tenham a* sanção *do* ressarcimento; poder-se-á apenas enunciar que o sistema jundico, em sua técnica legislativa, foi defeituoso. Dir-se-á que a tutela penal é publicistica, e o interesse que se protege é público; donde não se poder pensar em direito (absoluto) ã integridade física somente porque se pune a ofensa, nem, tampouco, em direito subjetivo à omissão (E Ferrara, *Trattato,* 1, 396). Já vimos que tais argumentos provêm de falta de investigação da natureza da regra jurídica de direito penal, concebida, por múltiplas causas históricas, como se não houvesse, *antes,* a regra jurídica dirigida a todos, de conteúdo negativo: o ato criminal viola regra jurídica de abstenção; porque a viola, é punível. O

interesse, que se tem de buscar, para a pesquisa, não é o que aparece na segunda regra, que concerne à contrariedade a direito, ao ilícito absoluto; é o que se acha na *primeira* regra jurídica. Esse interesse é tanto do Estado quanto do ofendido. Pelo fato de se tornar pública a sanção, não desaparece o interesse privado, que ela protege; em vez disso, o que se dá éo reforçamento, pela publicização da regra jurídica, da tutela jurídica. A concepção do direito penal como tecido de regramento por sanção, ou, melhor, como empilhamento de regras jurídicas de sanção, foi, a despeito da sua recalcitrante generalização nos juristas, uma das mais graves erronias dos séculos passados.

Pode dar-se que o direito penal proteja interesses, sem que permita supor-se que, com isso, "subjetivou" o direito dos interessados. Não seria possível negá-lo. Porém daí não se há de tirar que *nunca,* ao formular regras jurídicas penais, crie o sistema juridico direitos subjetivos, ou permita que das suas regras se conclua que tais direitos subjetivos foram criados. Assim, não se há de afastar, in *limine,* para a interpretação do sistema juridico, no que ele estabelece de direitos (subjetivos), pretensões, ações e exceções, o elemento normativo do direito penal. Tanto seria erro crer-se que todo interesse que ele protege é privatisticamente protegido quanto o seria assentar-se que nunca, ao proteger interesses privatisticamente não protegidos, os

protege apenas no plano penal e os deixa desamparados no plano do direito privado.

A questão de haver, ou não, direito subjetivo põe-se no plano do direito privado, se para aí se quer a resposta; mas os elementos para a resolver podem estar alhures, inclusive no direito penal. Não se há de exigir a pretensão, ou a açao, ou a exceção, em que já há algo de dinâmico; se se pergunta se há, ou não, direito subjetivo, a resposta não tem de ir adiante do que se pergunta: o direito subjetivo ainda não é a pretensão; ainda é algo de estático, porque subjetivação não é dação de pretensão, ou de ação, ou de exceção. Nem toda tutela jurídica vai até à pretendibilidade, à acionabilidade ou à excepcionabilidade.

Em concreto, quando se põe a questão — jquais os atos, previstos e presumíveis segundo o Código Penal, que podem ser *preceitados* com a propositura da ação cominatória do Código de Processo Civil, arts. 287 e 461, § *4ª, e.g.?* — têm-se de examinar uma por uma das regras do Código Penal para se saber onde existe o direito subjetivo à abstenção.

Então, o problema passa ao terreno prático, e ganha com isso; enriquece-se de vida, em vez de se manter no terreno fácil das teorias que se divertem em tirar precisão aos conceitos, para jogar com eles. Onde o non facere penal importa non *Jacere* privado, cabe a ação de cominação. Para se saber onde se dá tal coincidência, o primeiro elemento de convicção é a lei escrita. No direito brasileiro, os textos principais sao: os arts. 63-68 do Código de Processo Penal, que tratam da eficácia *civil* da sentença penal e da ação civil de indenização (civil ou comercial, entenda-se), regras jurídicas que têm a grande importância que resulta do art. 76 do Código Civil; os arts. 549-555 do Código de Processo Penal e 17 e 31 do Código Penal; o art. 76 do Código Civil; o art. 287, do Código de Processo Civil, onde se dá a ação cominatória de preceito inicial para todos os casos em que haja, por lei, ou por negócio jurídico, direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou fato dentro de certo prazo. A expressão “dentro de certo prazo *,* que o Código de 1939 continha no art. 302, XII, não excluia o preceito, em se tratando de abstenção ou ação por tempo indeterminado, *se já devida.* Assim, se A tem direito subjetivo à integridade física e B o ameaça de ferir *(e.g.,* cortar os cabelos de A), cabem a ação (penal) de medida de segurança, segundo os ads. 549-555 do Código de Processo Penal (Código Penal, arts. 17 e 31) e a ação de cominação com preceito inicial (Código de Processo Civil, art. 287). A ação cominatória específica que é a ação de abstenção, pode

ser, sempre, proposta. Se há ofensa ou ameaça proveniente de autoridade pública, é de propor-se a ação mandamental do art. 59, LXIX, da Constituição de 1988 (mandado de segurança).

Podemos dizer que existe direito subjetivo sempre que a ação do art. 287, do Código de Processo Civil caiba, ou a ação da abstenção sem mandado inicial; se bem que não haja somente direito subjetivo quando uma ou outra caiba. Essa segunda proposição atende a que os direitos mutilados na pretensão ou só na ação não na teriam; nem assim certos direitos subjetivos ainda não providos de pretensão ou de ação (dizemos "certos", para se ressalvarem os casos de ação de prestação futura).

2. *Direito à vida e direito à integridade física.* À frente do direito à vida, mais adiante, mais avançado, está o direito à integridade física. Pode ofender-se a esse, *antes* de se ofender àquele e *ainda* que a ofensa não seja de natureza a se poder tornar ofensa ao direito à vida. Não consiste somente na incolumidade anatômica; há o direito à integridade física se se trata de direito a não ser contagiado *(e.g.,* se a mulher ou o homem se recusa a relações sexuais com o cônjuge, por estar esse com infecção venérea; ou se alguém contrai moléstia venérea, sabendo o transmissor que a tem, ou devendo saber que está contaminado, Código Penal, art. 130, ou outra moléstia grave, por ato de alguém, art. 131); há o direit o à integridade física, se se trata de direito a não ser envenenado, ainda sem risco de vida, art. 132; há o direito àintegridade física, se só se trata de dano ao movimento, ou ao funcionamento normal de certo órgão (integridade fisiológica). O que, sem o consentimento da pessoa, lhe corta o cabelo, a barba, ou as unhas, não ofende à integridade física, porque são partes do corpo que podem, com o consentimento, ser cortadas: o direito absoluto não vai até aí; o direito à integridade física não alcança o que se regenera ou cresce sempre. Pode ser que o cortar a barba, de público, seja ofensa à honra, ou via de fato, ou injúria real; mas é outra questão. No Código Penal, art. 129, fala-se do crime de lesão corporal, isto é, do ofender-se "a integridade corporal ou a saúde de outrem". Por outro lado, a extração de sangue para fim humanitário (ainda que a titulo oneroso), a circuncisão e a perfuração das orelhas para uso de brincos, se bem que atinjam o como em seu conteúdo líquido e em suas partes irregeneráveis, não se têm por ofensivas à integridade física. Todavia, nem é só o consentimento do que dá o sangue, ou a que se faz a pequena operação, que torna não contrário a direito o ato, nem, tampouco, só a ausência do dolo, ou culpa; é *também* o ter a vida

social caracterizado o que se tem por integridade física. Tanto que, se não ocorrem os três pressupostos (atingibilidade *publico consensu;* consentimento do operado; ausência de dolo ou culpa), há crime e ato ilícito (civil) *stricto sensu.* Falta a atingibilidade *publico consensu,* se a perfuração da orelha é para disfarçar de cigano, com brincos, o criminoso; *a fortiori,* a operação plástica com esse fim. A extração do sangue, para se salvar a outrem, sem o consentimento da pessoa, é crime e ato ilícito (civil) *stricto sensu.* As lesões em esporte, além dos limites fixados pelas regras de jogo, ou exorbitantes do que seria necessário ao jogo, se dolosas, ou culposas, são crimes e ato ilícito (civil) *stricto* sensu. No direito romano, Ulpiano dizia (L. 3, § 3, D., de *iniuriis et* Jamosis *libeilis,* 47, 10): "... si quis per iocum percutiat aut dum certat, iniuriarum non tenetur"; de modo que golpear a outrem, por jogo, ou competição, não sujeitava à ação de injúrias. O mesmo Ulpiano explicou (L. 7, § 4, D., *ad legem Aquiliam,* 9, 2): "Se, exercitando-se alguém em luta, ou em *pancratio* (luta de corpo e de soco), ou em pugilato *frei pugiles dum inter se),* um mata o outro, a lei Aquilia não incide *(cessat),* pois que o dano se entende causado pela glória ou pelo valor, não pela injúria *(gloriae causa et virtutis,* non *iniuriae gratia videtur damnum datum).'*

3. *Ofensa à integridade física pela própria* pessoa. A integridade física, como a vida, como a integridade psíquica, como o direito a ter nome e o direito ao nome, pode ser ofendida pela própria pessoa. Dai o contrato de circo não poder ir além do risco normal da atividade, posto que, com tal atividade, de uma só pessoa, a lesão só possa ser à própria pessoa.

Também atinge o contrato de trabalho o direito de personalidade à integridade fisica ou à integridade psiquica se excede os limites do emprego de energia humana. Por ser difícil, *a priori,* dizer-se onde começam esses limites, a legislação do trabalho formulou regras jurídicas de quantitatividade aproximativa (horas de trabalho, dias de trabalho, férias, tempo de parto), além das que já proviam à denunciabilidade cheia (art. 1.226, lI-VI do contrato de locação de serviços pelo locador (A esse propósito, convêm resguardar-se o pensamento jurídico de regressões graves, como a de E Carnelutti, *Usucapione delia proprietá industriale,* 39 s. e 58, e *Teoria Generale dei Diritto,* 2ª ed., 122, que têm ao próprio homem, e não ao trabalho, à energia tornada *res,* no que se separa do homem mesmo, como objeto de contrato de trabalho.) O contrato com o acrobata supóe que haja segurança nos instrumentos de elevação e medidas de prevenção: se têm de ser do dono do circo, infringe ele o contrato se não estabelece

aquela segurança e essas medidas; se têm de ser do acrobata, a superveniência da imprestabilidade rege-se pelos princípios da impossibilitação da prestação; se o contrato foi feito sem se suporem aquela segurança e essas medidas, é nulo (art. 145, II); se viola, em seus termos, o direito de personalidade à vida, à integridade física ou psíquica, não entra no mundo jurídico. Diga-se o mesmo quanto aos contratos de espetáculo com feras ensinadas, dos contratos de trabalho industriais ou agrícolas de grande risco, dos contratos de modelo artístico (perigo de inatividade, que dificilmente impediria ao contrato de entrar no mundo jurídico, cf. Paolo Greco, *II Contrato di Iavoro,* 9 s.). Em tudo isso hão de ser resguardadas, ou pela não-entrada no mundo jurídico, ou pela sanção de nulidade, a vida, a integridade física e a integridade psíquica.

Quanto aos atos de autolesão, são contrários a direito, mas a sanção civil é difícil de ocorrer: se se trata de menor ou interdito, cabem a vigilância e a correção, conforme os princípios peculiares ao pátrio poder, à tutela e à curat ela; excluem a contrariedade a direito de atos de outrem tendentes a evitá-los, e tudo isso é, evidentemente, eficácia do ato ilícito absoluto (civil) da autolesão; não há, porém, a ressarcibilidade a si mesmo, salvo do marido, que tem bens particulares, se se autolesa para não perceber os vencimentos com que sustenta mulher e filhos, ou vice-versa, ou no enriquecimento injustificado, se, por exemplo, a empresa, que pagou o seguro, articula e prova que o acidente foi autolesão. Quanto ao efeito de ato ilícito relativo, é mais encontrável, pois com a autolesão se procura receber o seguro, ou faltar ao trabalho, ou denunciar contrato. O que é da maior importância é repelir-se a afirmativa de ser impossível ressarcir-se a si mesmo, ou, ainda mais, ter-se como extrajurídica, para o direito civil, a autolesão. O ato autolesivo entra no mundo jurídico, como ato ilícito absoluto ou relativo; *qual* e *até* onde vai a sua eficácia é outro problema.

4. *Irrenunciabilidade do direito à integridade física.* O direito àintegridade física é irrenunciável. O polícia pode deter e levar ao juiz de interditos a pessoa que se esteja a mutilar, ou proibir que o mutilador de si mesmo se exiba. Para se afirmar a irrenunciabilidade do direito à integridade física, não se precisaria de invocar alguma regra jurídica que considere crime a mutilação com o fito de se criar inaptidão ao serviço militar, nem as que concernem a entrarem no mundo jurídico, como atos ilícitos *stricto sensu* (absolutos), ou relativos, atos de autolesão para se obter pagamento de seguros de acidentes ou de moléstias. Qualquer negócio sobre renúncia à integridade física é inexistente; não entra no mundo jurídico. Por

outro lado, sempre que alguém se exponha à mutilação, ou a outra ofensa à integridade física, sem ser esse o risco próprio do negócio jurídico, há sempre a defesa do devedor, defesa de inegociabilidade, portanto de irrenunciabilidade do direito à integridade física. A ação seria a declaratória negativa (inexistência e ineficácia da relação jurídica), e não só a constitutiva negativa do art. 145, II, 1ª parte.

5. *Primado do direito à vida.* O direito à vida passa à frente do direito à integridade física ou psíquica. A cada momento, no direito, apresenta-se a situação de estarem em causa dois direitos, a um dos quais se há de atender. Incide, então, o *princípio do primado do direito mais relevante.* Há estado de necessidade; de jeito que assim se explica que a mutilação cirúrgica e outras ofensas à integridade física, ainda sem o consentimento do *paciente,* não entrem no mundo juridico como crime (Código Penal, art. 146, § 3ª, 1), nem como ato ilícito (civil) stricto sensu. Se os titulares do direito à vida e do direito à integridade física, ou psíquica, são diferentes, o estado de necessidade pré-exclui a contrariedade a direito: os atos que atendem ao princípio do primado do direito mais relevante não entram no mundo jurídico como atos ilícitos stricto sensu, de direito penal (Código Penal, art. 23, 1), ou civil (Código Civil, art. 160, II).

O corte da barba, ou do cabelo, ou das unhas, ou a queima do cabelo pelo frisador, sem o consentimento da pessoa, é, certamente, ato ilícito (civil) stricto sensu; talvez, se houve, por exemplo, imperícia, do cabeleireiro, ato ilícito relativo (e.g., tnfraçao na execução do contrato de corte de cabelo, ou de pintura ou de frisamento). Não se trata, porém, de ofensa ao direito absoluto de integridade física. No art. 5º do atual Código Civil italiano, estatuiuse: "Gli atti di disposízione dei proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alia legge, aliordine pubblico o aí buon costume." Regra jurídica, como essa, existe, não escrita, nos outros sistemas jurídicos. Alguns juristas (e.g., A. de Cupis, *1 Diritti delia personalità,* 60) dai tiram que a lei civil admitiu, em tais espécies, a disponibilidade ou renunciabilidade do direito à integx$ dade fisica, distinguindo-se da lei penal, que não vai até ai: seriam dois os conceitos de integridade física, o da integridade física genérica, que entende com o direito civil, e o da integridade fisica estrita, de que se cogita no direito penal. Em verdade, o direito de personalidade à

integridade física não está de modo nenhum em causa quando se explora o conteúdo do art. 52 do Código Civil italiano. O direito ao corpo, no que a disposição não acarretaria diminuição permanente dele, não é direito (de personalidade) àintegndade física: é direito ao que, no como, não é parte da integridade física. Por isso mesmo, o principio de irrenunciabilidade ou de indisponibilidade seriam impertinentes. Tampouco é de acolher-se a interpretação do art. 5º do Código Civil italiano, que o lê como se ele permitisse a disposição do corpo que não implique diminuição permanente dele, bem como as outras, que não forem contrárias às leis, à ordem pública e aos bons costumes. A operação consentida não está no art. 5º: o art. 52 nada tem com o princípio do primado do direito mais relevante. Todo o mal está em se não ver quer a pré-exclusão da criminalidade, ou da ilicitude civil, se se trata de operação necessária, ou de embelezamento, éresultante da passagem à frente por outro interesse, por outro direito: o consentimento, quando é necessário, apenas funciona como critério de pesagern dos interesses em balança, e tudo indicava que tal pesagem coubesse ao duplo interessado e duplo titular de direitos; quando a preponderância de um dos interesses é evidente, o critério de medida desloca-se, subjetivamente, para cjuenx faz a operação. O problema é tanto de direito penal quanto de direito civil, porque, nesse, ao se discutir, por exemplo, a responsabilidade do médico, se põe a questão prévia, da parte do médico, de ter sido de necessidade, ou não, fazer-se a operação. Cumpre mesmo advertir-Se em que o consentimento do paciente, quando é de exigir-se, não exclui a pesagem de interesses ou de direitos, pelo agente, — tal dever de pesagem já existe, a decisão a favor da intervenção é implícita, posto que insuficiente para dispensar o consentimento do paciente. Se a decisão é, de acordo com a lei, necessária, dispensa-o.

6. Operações *cirúrgicas, transplantações e dações de* sangue. Nas operações de embelezamento, seria difícil surgir a necessariedade. Surge, porém, no caso de deformação que torne repugnante a presença da pessoa, dificultando-lhe a aquisição de meios de subsistência, ou a vida em comum com os outros seres humanos. o consentimento é inoperante se, conforme a ciência, se expõe demasiado a vida, a integridade psíquica, ou a própria integridade física. O dever de pesagem têm-no os que decidem pela operação, ou o que a faz, se a decisão é só sua.

As transplantações de partes do corpo e as extrações de sangue são, de regra, proibidas: feitas sem o consentimento do paciente são lesões;

até que ponto o consentimento pode ser dado, eficazmente, depende da extensão das dações: se há dirrúnuição permanente, o consentimento é inoperante, porque não se pode dispor ou renunciar ao direito de personalidade à integridade física; se não há, não está em causa o direito de personalidade. Em todo o caso, o direito de personalidade à integridade física cede ao direito de personalidade à vida e à integridade psíquica.

A própria transfusão de sangue só é permitidas consentindo o paciente, se não há diminuição permanente do como, ou perigo de vida. A vida de outrem é bem mais preciosa que passageira diminuição do corpo do paciente (= passageita ofensa à integridade física), porém, entre a vida do dador de sangue e a de outrem, aquela é que passa à frente. Tal passagem é elemento do suporte fático da regra jurídica pré-excludente da contrariedade a direito, *anterior* a qualquer elemento de consentimento do paciente. Esse mesmo tem *direito* (de personalidade) à *verdade* científica *e técnico.*

As experiências científicas no como humano podem atingir a integridade física, ou não na atingir. Se a podem atingir, épreciso que o paciente consinta: está em causa o direito de personalidade à integridade física. Se não na podem atingir, o consentimento não basta para estabelecer a própria pré-exclusão da contrariedade a direito, e então nem o negócio jurídico em que o paciente consentiu é nulo, segundo o art. 145, II, nem anulável. Sempre que, ai, o negócio quanto a experiências científicas no vivo atinge a integridade física, não se faz jurídico tal negócio; não entra no mundo jurídico, o que é não-existir, em vez de existir e ser nulo (art. 145, II). Se há interesse de quem consentiu na declaração de inexistência, pode ser exercida a pretensão ou a ação declaratória; se, em lugar dela, se exerceu a ação constitutiva negativa, nada obsta a que o juiz declare, preliminarmente, a inexistência, pois as ações constitutivas negativas contêm a de declaração, em *quaestio praeiudicialis.*

O negócio jurídico que tenha por objeto disposição ou renúncia do direito à integridade física é inexistente. O negócio que tenha por objeto criar dever, ou obrigação de consentir na diminuição permanente (ofensa à integridade física), é *nulo* (art. 145, II). O pacto de não se queixar de futuras lesões corporais (crimes), ou de não pedir indenização por elas (ato ilícito, civil, *stricto sensu),* é nulo: seria dispor do indisponível. O pacto de não dar queixa, ou de não pedir indenização por lesões corporais ocorridas, cuja ação penal é privada,

entra no mundo jurídico, e vale. Se as lesões corporais são de ação pública, existe o pacto (= entra no mundo jurídico), e é *nulo.* O contrato entre o cirurgião e o futuro paciente, se a operação é *necessária,* existe e vale: se com ele não mais se quer operar o paciente, infringe obrigação contratual e tem de prestar perdas e danos, não segundo o art. 1.056, mas segundo o art. 1.092, parágrafo único (perdas e danos pela resolução do contrato). Seria erro entender-se que tal contrato entre cirurgião e futuro paciente é sempre inexistente ou nulo; e não se precisa lançar mão de cláusula tácita, em virtude da qual o futuro paciente se obrigou a ressarcir perdas e danos. O art. 1.092, parágrafo único, basta. O que não se pode exigir é que o paciente, que precisava consentir, se prive de escolher entre se submeter ou não se submeter à operação, isto é, possa ser constrangido a ela. O consentimento à operação, ele o deu, mas é revogável não pode ser obrigado, coativamente, a submeter-se *à* operação, *salvo* se desapareceu a necessidade daquele consentimento e da própria auto-submissão *(e. g.,* está internado o paciente e ocorre a espécie do art. 146, § 3ª, 1, do Código Penal). A auto-submissão entende com o direito de personalidade à liberdade (cf. Código Penal, art. 146, § 3ª); esse consentimento éelemento do suporte fático da regra jurídica de pré-exclusão da contrariedade a direito, e revogável (é *vox).* O que é preciso é não se confundir a submissão, que é entrega do corpo à operação, entrega que é consentimento e, pois, *uox,* e a vox da manifestação de vontade, com que se perfez o contrato, — essa, sim, éirrevogável, de modo que a vox contrária é inadimplemento do contrato ou impossibilitação do ato do outro contraente. O que surpreende nos juristas é não perceberem a diferença entre esse elemento do suporte fático da regra juridica pré-excludente e o ato de auto-submissão à operação, que diz respeito à *execução.* O futuro paciente pode manter aquele, mudando de operador; mais: pode mudar de operador, exatamente para se fazer mais cedo a operação, ou para que essa seja mais radical e mais grave, a conselho de outros clínicos. Ademais, o consentimento para a operação é elemento fático da regra jurídica de pré-exclusão da contrariedade a direito; e não se confunde, de modo nenhum com o consentimento no contrato com o operador.

A operação a favor de outrem *(e.g.,* na mulher, por ser inadequada às relações sexuais, ou à comodidade dessas) só se permite se o paciente consente e não põe em risco a sua vida, ou a integridade física ou psíquica normal. O negócio a respeito, se há possível ofensa à vida, à integridade física ou psíquica, não entra no mundo juridico; se o consentinte recusa-se, depois, a consentir na operação, revoga a auto-submissão: se fez contrato com o operador, e a execução do contrato é

impossibilitada pelo paciente, resolve-se, prestando-se perdas e danos.

7. Direito à integridade física e direito à liberdade. A auto-submissão, que concerne à liberdade, é tão independente do direito à integridade física, que o barbeiro que tem contrato para barbear, durante o ano, todos os dias, a alguém, não pode exigir que o freguês se submeta. Foi por deixarem de ver a diferença entre o direito à integridade física e o direito à liberdade, a que interessa a auto-submissão, que se faz mister a qualquer operação, cirúrgica, psíquica, ou de cabeleireiro, que E. Grispigni *(II* Consenso *dell'offeso,* 217) pensou no contrato com o barbeiro e A. de Cupis *(1 Diritti delia personalitá,* 68) no de aleitamento. Ora tais contratos existem, valem; não há, porém, a execução pela submissão.

Também os lutadores à romana, os boxeadores, ou pugilistas, contratam validamente e eficazmente: o que não se lhes pode exigir é a entrada no estádio ou campo. O consentimento no contrato com os empresários, ou com os outros pelejadores, *ainda* não é a auto-submissão, que seria execução do contrato: aquele consentimento foi elemento do suporte fático, que entrou no mundo jurídico (= se fez negócio jurídico bilateral ou plurilateral) e aí produziu (eficácia) direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções; a auto-submissão já seria adimplemento da obrigação, que é eficácia, como a recusa seria inadimplemento.

§ 734. Direito à integridade psíquica

1. *Direito à integridade psíquica, direito absoluto.* Direito absoluto de integridade não é só o de integridade física; também o éo de integridade psíquica. Tal direito se resguarda ao nascituro, desde a concepção, inclusive mediante os atos tendentes a se evitar que alguém, ou a própria mãe, ingira substância que possa perturbar ou sacrificar o desenvolvimento psíquico do nascituro. O direito de integridade psiquica é inato, no sentido de direito que nasce antes do nascimento da pessoa. E a esse direito que corresponde o dever de todos de não causar danos à psique de outrem, e do Estado, ou dos parentes, de velar pelos insanos da mente.

O Código Penal, art. 129, fatou de ofensa à integridade corporal ou à

saúde de outrem. A saúde é termo largo para que abranja a integridade fisiológica (não só anatômica) e a psíquica.

O objeto da tutela penal é, então, o bem jurídico da integridade física ou físico-psíquica (Nélson Hungria, *Comentários* ao *Código Penal,* V, 284.).

2. *Direito à integridade psíquica e direito à integridade física.* O tratar-se, separado do direito à integridade física, o direito àintegridade psíquica de modo nenhum implica atitude filosófica: apenas significa que o direito os distingue, em correlação a outras dicotomias (e.g., liberdade física, liberdade psíquica; liberdade de ir, ficar e vir, liberdade de pensamento). A caracterização do direito à integridade psíquica como direito à parte, distinto do direito àintegridade fisica, atende a que pode ficar incólume essa, a despeito da lesão àquela. Com ainda mais forte razão, se possível, do que o direito à integridade física, o direito à integridade psíquica nada tem com a chamada propriedade do corpo. Não há a propriedade do corpo, nem da psique. Se o dano a essa se há de ressarcir em valor patrimonial é porque ocorre a irreparabilidade integral na própria psique. O devedor não pode pagar em unidades do bem que foi violado. A integridade psíquica é bem em si, — razão por que se há de prestar o necessário à cura *mais* os prejuizos. Cabe aqui, portanto, quanto se disse a propósito do direito à integridade física.

3. *Escala de direitos: direito à vida, direito â integridade psíquico e direito nº integridade* física. Assim como o direito à vida passa à frente do direito à integridade física, à frente desse vem o direito à integridade psíquica. Pode ofender-se a essa, *antes* de se ofender a integridade física, e *ainda* que a ofensa não atinja a última. Se a integridade física e a psíquica estão em risco, salva-se primeiro a essa.

Por outro lado, os fatos que pré-excluiriam a contrariedade a direito dos atos lesivos à integridade física também pré-

excluem a contrariedade a direito dos atos lesivos à integridade psíquica.

§ 735. Direito à liberdade

1. *Direito à liberdade e limites a ele.* A liberdade humana, como fato, entra no mundo jurídico; nesse, tem de limitar-se com o direito de personalidade dos outros. O que entra, em globo, no mundo jurídico é a liberdade física e a liberdade de pensamento; mas a liberdade de corpo e a de psique espectram-se em diferentes liberdades do indivíduo em relação aos outros: liberdade de locomoção dentro de casa, liberdade física espacializada (inviolabilidade do domicílio ou da casa); liberdade de locomoção fora de casa; liberdade de reunião; liberdade de coalizão; liberdade de associação; liberdade de ensino de atos; liberdade de arte; liberdade de cultos; liberdade de ensino de pensamento e sentimento; liberdade de não emitir o pensamento (segredo de correspondência, segredo profissional); liberdade de ciência e pesquisa; liberdade de emitir o pensamento. A gradação é do mais corporal para o mais psíquico, por onde se vê que a liberdade é, de regra, composta das duas, a fisica e a psíquica. O assunto foi amplamente estudado no livro *Democracia, Liberdade, Igualdade* (316-445, especialmente nas figuras das pp. 362, 383 e 427). À base de todo direito de liberdade está a personalidade.

Isso importa em dizer-se que todos os direitos de liberdade são direitos de personalidade. Não há, porém, direito de liberdade de testar; a chamada liberdade de testar é a autonomia privada, em matéria de sucessão, o que os sistemas jurídicos podem eliminar, sem que se fira, com isso, a personalidade. O mesmo cabe dizer-se a respeito da liberdade de comércio, de negócio jurídico entre vivos e das demais, que não são direito de personalidade. As confusões, metafísicas ou politicas, entre elas, desservem à liberdade e, pois, à personalidade humana. O direito à vida e o direito à tela, ou à casa, que comprei, são de tão diferente natureza e relevância como o direito à liberdade de ir e vir e o direito a vender aquela tela, ou aquela casa.

A principio, procurou-se caracterizar a liberdade como o que ficava fora do ordenamento jurídico, no campo indiferente ao direito. Mas, se, a propósito dos atos ilícitos, tal concepção poderia permanecer, porque a contrariedade a direito começaria no campo relevante (= não-indiferente), de modo nenhum basta, nem bastava, à explicação das liberdades como direitos subjetivos, com as suas pretensões e ações, as suas exceções e os seus remédios processuais específicos. O

campo das liberdades direitos de personalidade não é campo indiferente; a liberdade entra, como suporte ático de regras jurídicas, no mundo juridico, aí nasce o fato jurídico da liberdade e aí se

produzem os direitos de personalidade. As concepções, quaisquer que sejam, que confundem o campo indiferente com o campo da liberdade, desatendem à verdade de só haver campo indiferente onde não haja regras jurídicas cogentes, que o limitem, e não onde há regras jurídicas que dão entrada no mundo juridico às liberdades e as asseguram, em sua eficácia (direitos, pretensões, ações, exceções, remédios processuais). Não há irrelevância, ou indiferença para o direito, em que A fume o seu cigarro, ou B nade na piscina. O direito, quase onipresente, ali está. A e B exercem o seu direito de liberdade (direito de personalidade), ao mesmo tempo que A consome o cigarro que é seu (ou de outrem) e E utiliza a piscina, que é sua (ou de outrem). Tem-se de evitar toda concepção que confunda irrelevância dos atos com vedação ou proibição deles, ou inexistência de obstáculo jurídico.

2. *Direito à liberdade,* pretensões, ações *e exceções.* O direito àliberdade exerce-se como se exercem os outros direitos absolutos. O bem da liberdade é bem da vida, como qualquer outro. Desse direito irradiam-se pretensões, ações e exceções. Em todo o campo em que é exercivel o direito à liberdade, como em todo campo em que é exercível todo direito de personalidade, o direito (em sentido objetivo) está presente. Somente onde o ato não é tutelado como ato de exercício do direito de liberdade é que se poderia falar de campo indiferente. Tal distinção é de suma importância, porque rechaça a posição de K. Bergbohm *(Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* 1, 375), que afirmava a existência de *vazio* no Direito, sem se dar conta de que onde há direito à liberdade (direito de personalidade) há *direito* (no sentido objetivo, sem o qual o direito subjetivo não poderia existir), e a de A. Brinz *(Uber die Zeit im Recht,* 5), que pretendia exatamente que nenhum espaço vazio, nenhum vácuo existisse. Naturalmente, OS escritores europeus, ou asiáticos, de sistemas jurídicos, em que, rígorosamente, nunca existiu direito à liberdade, são levados a negar a própria existência de regra jurídica com que a liberdade, como suporte fático, entre no mundo jurídico; porém, então, estamos no terreno da psicologia social, e não da ciência do direito. Se se define a liberdade somente como ausência de obstáculo à pessoa, tal definição por negação abrange mais que o definendo: abrange o espaço, a que corresponde o direito de liberdade (definivel ativa e negativamente), e o espaço onde há liberdade, arbítrio, sem ser o em que há direito de liberdade.

3. *A chamada liberdade de* negociar. Quanto à chamada liberdade de negociar, não é direito de personalidade. O que se conceitua como liberdade de negócios jurídicos (promessas unilaterais, bilaterais, ou plurilaterais), de casar-se, de testar etc., é *apenas* o que o direito deixa, *dentro de si* mesmo, à autonomia da vontade. Muito diferente é o que ocorre com a liberdade de ir, vir e ficar, a de pensar e as outras liberdades que são direitos de personalidade. A autonomia da vontade é ressaltante quando se trata de distinguir a regra jurídica cogente *e as outras,* mas já aí é fora de dúvida que o direito *cerca* o campo deixado à autonomia da vontade.

Por outro lado, o direito de trabalhar a matéria-prima, que se tem, ou o bem imóvel, não é direito de personalidade. Está contido no direito de propriedade e sofre as limitações e restrições por que esse pode passar 4. *Liberdade de escolher profissão não é direito de personalidade.* A liberdade de escolher profissão não é direito de personalidade. O direito ao trabalho, sim. As leis podem regular o exercicio das profissões liberais e exigir, para qualquer trabalho, habilitações e segurança; de modo que não há confundir-se o direito ao trabalho, isto é, o direito de ganhar a subsistência com o trabalho, o direito a que se dê trabalho ao desempregado, com o direito de se escolher o trabalho. Esse direito de escolha, amparado pelo princípio de igualdade perante a lei (principio de isonomia), só existe onde a lei o assegura: a liberdade de escolha de profissão só existe dentro da lei, e não como direito de personalidade.

Éerro dizer-se que a liberdade de escolha do trabalho, ou da profissão, é manifestação do direito ao trabalho. No plano dos direitos de personalidade, o direito ao trabalho é manifestação do direito à liberdade, a alguma liberdade; o direito ao trabalho, exercível *contra* o Estado a pretensão, é direito relativo, que depende da legislação do Estado, podendo dar ensejo, ou não (cf. Constituição de 1988, arts. 6ª, 3ª parte, e 193, V parte), a pretensões, ações e exceções. Por onde se vê que, sob o nome de direito ao trabalho, há nada menos de três direitos diferentes: *a)* o direito incluso em alguns dos direitos à liberdade, direito, esse, de personalidade; *b)* o direito a que se dê trabalho à pessoa, que é direito subjetivo, porém não de personalidade; *c)* o direito à escolha do trabalho, que só existe se a pessoa satisfaz os pressupostos para duas ou mais profissões, salvo se já escolhe para os ir satisfazer (não édireito de escolha do trabalho, é direito de escolha do que se vai aprender e talvez não se aprenda e se tenha de mudar).

5. *Contra quem se dirige* o *direito à liberdade.* O direito àliberdade dirige-se contra as outras pessoas físicas e jurídicas e contra o Estado. A técnica do direito constitucional foi descobrindo os meios mais adequados à tutela da liberdade, nos contatos com o Estado, ou nos impactos ou violência desse com os indivíduos. O instituto do *habeas* corpus foi o mais eficiente deles, no tocante à liberdade de locomoção *ultro et citro;* o mandado de segurança, o mandado de injunção e o *habeas data* atenderam às outras liberdades. As pretensões e ações constitutivas negativas de atos dos poderes públicos seriam lentas, e não à altura da segurança devida aos direitos de personalidade. Nas ações declarativas, as sentenças teriam de ser seguidas (eficácia mediata) de *preceito* (cf., *e.g.,* Código de Processo Civil de 1939, art. 290), ou teria de servir a sentença como *res iudicata* de *quaestio praeiudicialis* da ação condenatória, ou constitutiva, que se teria de propor Assim, o direito à liberdade — além das ações declarativa, constitutiva e condenatória, que no caso coubessem, inclusive com preceito cominatório, prévio, a última (Código de Processo Civil, arts. 287 e 461, § 42, *u.g.),* ou como condenatória cominatória (preceito inserto na sentença, conforme o pedido) — tem por si o *habeas corpus,* que é ação mandamental, especifica das ofensas ou ameaças à liberdade de locomoção, e o mandado de segurança. O direito penal e processual penal também tutela, com regras de direito material e formal, o direito à liberdade. A criação das ações e remédios mandamentais passou-se no plano das ações e do direito processual (mais tarde constitucionalizado). Isso importa dizer-se que já existia a pretensão mandamental *(e.g.,* com a ação de abstenção, em cuja sentença favorável se inseriria o preceito cominatório); e, *a fortiori,* o direito. Nada ocorre quanto à identidade do direito, se se exerce a respeito de outras pessoas físicas ou jurídicas, ou a respeito do Estado.

No direito anterior ao Código Civil, usava-se o interdito de *liberis exhibendis* para os casos de detenção ilegal, e.g., ou do marido contra o pai da mulher casada, que a retinha, ou detinha em casa, ou quanto à mulher, ou filho, ou pessoa da casa, sob guarda do autor, contra os que detinham. Manuel Alvares Pêgas *(Resolutiones* Forenses, III, 426) concebeu-a como ação petitória, e não possessória, já livre da interditabilidade romana (aliás *posterior* à ação vindicatória do filho, *vindicatio in pat riam potestatem).*

O Pretor havia permitido o interdito *de liberis exhibendis* (para a apresentação do filho) e o interdito *de liberis ducendis,* se o

apresentante, ou pessoa, que detinha o filho, nenhum poder sobre esse alegava (6. Demelius, *Die Exhibitionspflicht,* 244 s.). A ação de 1660, de que deu noticias Manuel Álvares Pêgas, era executiva, a *vindica tio filii,* e não o remédio interdital pretoriano. Confundiu-a com esse Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado* dos *Interditos,* 107). O mesmo interdito tocava a tutores e curadores. A ação do pai chama-se, hoje, ação *de reclamação do filho* (art. 384, Vi); executiva, como a *vindicatio filii,* mas já limpa da confusão da pessoa (filho) com a coisa, e petitória. Têm-na, por analogia, os tutores e curadores, se lhes cabe a guarda. Porém tais ações não são ações do direito de personalidade, são ações de direito de família. Por isso mesmo, nada obsta a que se exerça alguma das ações do direito à vida, à liberdade, ou de outro direito de personalidade, se a ameaça ou a ofensa é ao direito de personalidade.

O direito romano, pretoriano, já distinguja os dois direitos. sem confundir os dois interditos, o *interdictum de homine libero exhibendo* e o *interdictum de liberis exhibendis.* Na L. 1, D., *de homine libero exhibendo,* 43, 29, Ulpiano deu-nos a fórmula pretoriana: "Exibe o homem livre que com dolo mau reténs"; e acrescentou: "Propõe-se esse interdito para amparar a liberdade, isto é, para que os homens livres não sejam, por qualquer motivo, retidos." Na L. 2 introduziu-se explicação (anterior!), um tanto heterntópica, tirada de Venuleio: "... porque não se distinguem muito de espécie de servos os a que se não dá faculdade de retirar-se *(facultas recedendi)".* Já existia a *Lex Fabia;* e Ulpiano esclareceu que o interdito não privava da execução da *Lex Fobia:* a ação podia ser após o interdito, ou vice-versa. "Homem livre" era o capaz e o incapaz, o varão e a mulher.

O interdito competia a todos, porque a ninguém se haveria de proibir que favorecesse a liberdade (Nemo *prohibendus* est *libertati favere;* L. 3, § 9). A despeito do texto, C. 6. Bruns *(Kleinere Schriften,* 1, 364) negava o caráter popular do interdito; combateu-o A. Ubbelohde, em Glflck, série dos Livros 43-44, 1, 56 5.; e no direito comum e moderno exigiu-se o interesse especial (6. E Puchta, *Pandekten,* 580 s.). Quem tinha consigo alguém, sem saber, não cometia dolo mau; porém desde o momento em que sabia e o retinha, dizia-se com dolo mau (L. 3, § 6).

O interdito era *exibitá* rio: exibir, explicou Ulpiano (L. 3, § 8), é apresentar em público, e dar possibilidade de se ver e de se tocar o homem *(exhibere est in publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem proebere);* propriamente, todavia, ter fora de

segredo *(proprie au tem exhibere est extra secretum habere).* Na L. 246, D., de *verborum significatione,* 50, 16, deu-nos Pompônio a definição de Labeão: "exhibet, qui praestat eius de quo agitur praesentiam" (exibe quem presta a presença daquilo de que se trata). Não havia, portanto, confundi-lo com o interdito *de liberis ducendis,* que era proibitório (cf. G. E. Dore, *Studi sugli Jnterdetti romani,* 82). O interdito competia à própria mulher e ao pupilo maior (L. 3, § 11), se se interessava por um cognado, ou ascendente, ou afim.

As ações de tutela à liberdade são populares, como popular fora o interdito *de homine libero exhibendo:* "omnibus competit", dizia desse Ulpiano; e Paulo mais radicalmente lhe frisava ser mais dever que direito: "officii tuendi causa".

Pretendeu C. G. Bruns que a liberdade, como bem público, somente fosse tutelada pela lex Fabia; o interdito concerniria à liberdade de cada um que fosse preso. Mas os textos da L. 3 e da L. 1, § 1, bem como o § 14 das *Sententiae* de Paulo *(verbis* "tam interdictum quam legis Fabiae super ea re actio") desmentem-no. Veja *História e Prática do Habeas Corpus,* §§ 4, 2, 41, 2, 54, 2, e 57, 2.

6. Se o *direito de liberdade é público ou privado.* Discute-se se é direito público, ou direito privado e direito público a liberdade, quando se dirige contra o Estado. Primeiro, os juristas, que pelejam a respeito, confundem, por vezes, liberdade, direito de personalidade, e "liberdade", campo deixado à autonomia da vontade, nos negócios jurídicos.

Segundo, se é certo que, quase sempre, a autonomia da vontade é de direito privado, há *branco* deixado às vontades, ainda nos negócios jurídicos de direito público. Donde se há de tirar que a resposta, quanto às liberdades direitos de personalidade, nada tem com a resposta quanto à autonomia da vontade (a chamada liberdade negocial, que compreende a de contratar, a de testar e outras semelhantes). As liberdades direitos de personalidade são ubiquas; as outras são do ramo de direito a que pertencem as regras jurídicas cogentes que as deixam às pessoas. Sem essas precisões, o problema obscurece-se e torna-se insolúvel. As liberdades direitos de personalidade — desde a de locomoção àde pensamento, passando-se por todas as outras, intercalares —não interessam só ao direito público, embora, nos sistemas juridicos verdadeiramente adiantados, se lhes reconheça o caráter de direitos públicos subjetivos; interessam

também ao direito privado. Não se pode contratar com a pena convencional de prisão, ou detenção, ou de corte nos dedos, ou de marca na pele. Tais negócios não seriam jurídicos; não entrariam no mundo jurídico. Seriam algo como a locação, ou venda por alguém, da água da chuva ou do ar, ou da luz do sol, ou de quaisquer bens de uso comum do povo, que não possam perder a inapropriabilidade.

7. *Direito à liberdade, direito inato.* O direito (de personalidade) à liberdade, qualquer que ele seja, é inato. Ao próprio nascituro já se protegem tais direitos, que terá, ao nascer vivo. Se a mãe vai embarcar para o seu país, um dos que restam no mundo, com escravidão, o pai, que se acha no Brasil, ou noutro Estado de civilização livre, pode pedir à justiça as medidas tendentes a resguardar a liberdade da futura pessoa, que está, em gestação, no seu território. Como todos os direitos de personalidade, são indisponiveis todos os direitos de liberdade. Intransferíveis e irrenunciáveis. Ou por influência de cargas ainda ineliminadas de despotismo, mais ou menos intercalado de épocas de relativa liberdade, ou porque confundam a liberdade direito de personalidade e a chamada liberdade econômica, os juristas de alguns países falam de serem relativas "as" liberdades. Ora, é estranho ao direito o "contrato" pelo qual alguém se obrigue a ter relações sexuais e igualmente o pacto pelo qual um dos cônjuges se obrigue a não pedir a separação judicial ou o divórcio, ou alguém a mudar de religião, ou a não mudar, a se deixar deter sem ser em virtude de lei, ou a não se defender de acusação criminal, como a sofrer ataque àsua integridade física ou psíquica, ou a suicidar-se.

§ 736. Direito à verdade

1. *Direito à verdade e papel que exerce a* exceptio veritatis. O direito à verdade e o direito à honra tardaram em ser reconhecidos pelos juristas. Não são os mais novos; são os que mais tarde os escritores anuiram em pôr no rol dos direitos de personalidade. A chamada *excep tio veritatis* era apenas uma das válvulas, por onde escapava a realidade da vida, que a imperfeição dos sistemas jurídicos comprimia. Fundar-se tal chamada *exceptio veritatis* no "mais importa punir-se o crime do que a imputação" é fora de propósito, pelo menos nos nossos dias. A calúnia só o é porque é falsa; se falso não há, não há calúnia. A "exceção" de verdade seria fraca demais, porque permitiria que só se deixasse de aplicar a pena, devido à *exceptio.* Ora, não é isso o que se dá: nem se prefere punir o crime a punir-se a calúnia, pois, se assim

fosse, só a "acusação" do crime imputado teria tal efeito; nem há crime de calúnia se a "acusação" de crime é falsa. Vê-se que é o bem da verdade que passa à frente.

O direito à verdade somente concerne à verdade demonstrável e mostrável (Otto Friedmann, *Das Recht der Wahrheit,* 7). Não se pode exigir que se enuncie verdade, que, segundo as regras da vida em comum, do tráfico, não se deve apurar; mas, se tal enunciado foi feito, há direito a que se prove, ou a que se declare ser falso, em cominatória, ou em processo penal.

Nos crimes de injúria e difamação, não se admitem a alegação e a prova da verdade do enunciado ofensivo (verbal, em ato, ou simbólico), salvo se a difamação é contra o funcionário público e relativa ao exercício de suas funções (Código Penal, art. 139, parágrafo único). Por conseguinte, protege-se a honra in *abstracto,* ou o valor hipotético da honra da pessoa, não só o valor real (dependente do seu comportamento em relação aos seus deveres). As figuras penais correspondem figuras civis de injúria, de calúnia (Código Civil, art. 1.547) e de difamação. O direito à verdade somente aparece no art. 138, § 39, do Código Penal, com a conseqUente imagem no direito civil (onde o conceito de calúnia, exceto quanto ao pressuposto do dolo, é o mesmo do direito penal) e no art. 139, parágrafo único (cf. Lei n0 5.250, de 9

de fevereiro de 1967, arts. 20, §§ 2ª e 32, e 21, § 1ª, *a)* e *b)).*

O direito à verdade teve de espontar, a despeito de camada histórica multimilenar de mais apreço às pessoas, em seu valor hipotético de honra, do que em seu valor real. Não se deveriam dizer as verdades desagradáveis. A honra do *civis Romanus* podia ser destruida *(consumptio existimation is)* pela *maxima* ou pela *media capitis deminutio,* ou apenas amesquinhada *(minutio existimation is),* o que só se operava por lei feita pelo povo (cf. Lei das XII Tábuas, 8, 22), ou por acusação censória. O edicto pretório deu entrada a novas espécies (a dos que, por seu mau procedimento, não tinham pleno *ius postulandi,* isto é, de litigar, ou não tinham o direito de representar em juízo, *alieno nomine agere,* ou de nomear representante judicial, cf. M. Wlassak, *Zur Geschichteder Cognitur,* 18, nota 3, e 72, nota 53). O povo chamou àpessoa que sofria tal vexame, embora faltasse ao Pretor poder para minuir honra, ignominiosa: *ignominiosus,* está em Gaio, IV, § 182. A ação de *injuria* tocava a quem fosse ofendido em sua

personalidade, desde que havia o *animus iniuriandi.* Fora evolução, a respeito da antiga jurisprudência, que só considerava *iniu ria* a ofensa à vida e à integridade física (cf. E. Landsberg, Iniuria *und Beleidigung,* 32). Já se chegara à tutela da liberdade e da honra, através do Pretor, conforme o seu critério. E provável o influxo grego (H. F. Hitzig, *Iniuria,* 71). A lei Cornélia (de Suíla, 81 antes de Cristo) já supunha a reforma pretoriana e fez delito público a violação de domicilio.

Os canonistas, frisando o que há de anticristão em se apontarem os defeitos morais do próximo e em se "atirar a primeira pedra", influiram na resistência do meio europeu à apuração da verdade das acusações.

No ambiente jurídico germânico, combateu-se essa concepção da superposição da honra à verdade (A. Matthaeus, A. O.

Weber, C. J. A. Mittermaier, R. Kóstlin, H. Lammasch, J. Kohler, O. Friedmann). Na *Relazione Ministeriale* de 1887, Zanardelli frisou que se engendrara dever de simulação e de hipocrisia, algo para proteger o vício e acobertar a corrupção.

Todos se presumem bons e corretos *(praesumptio boni);* se não no são alguns, os outros têm de vê-lo e enunciar o que a respeito pensam: se enunciam falsamente, devem ser punidos; não assim se enunciam a verdade, que, sendo quanto a fato criminal, de ação pública, interessa a todos que se saiba.

O direito à verdade somente concerne à verdade *demonstrável* (O. Friedmann, *Das Rech t der Wahrheit,* 13). A demonstratibilidade é que pode interessar aos homens, entre si; são eles o produto da discussão, que se interiorizou, que se fez reflexão: a demonstração é o laço comum, objetivo, de que eles dispõem, para a identidade de convicções. Por isso mesmo, as imunidades parlamentares, ainda que excluam a imputação da calúnia, não vão até a pré-eliminarem a ação declaratória e a ação civil condenatória especificas.

A liberdade de pensamento vai mais longe que o direito àverdade. Todos têm liberdade de pensar e de emitir o pensamento, ainda que não possam demonstrar O que pensa diferentemente não ofende a essa

liberdade; nem é ofendido por ela. O que emite o pensamento como enunciado de verdade1 que se comunica como declaração de que se tem por falso qualquer outro enunciado que o contradiga e por demonstrável aquela verdade, ou essa falsidade, ou exerce direito à verdade, ou ofende alguém, que pode vir com a sua ação.

Absoluto, é também direito de personalidade o direito à verdade: existe perante todos e é inato. Têm-no as próprias pessoas jurídicas, no que lhes interessa, e protege-se tal direito ao próprio nascituro. O exame da mulher grávida para se saber desde quando há o *conceptus,* a ação da mãe para que se declare (justificação) a existência da relação de personalidade futura (que é perante todos), a ação de condenação específica para que alguém não propale não estar grávida a viúva (a fim de que, por exemplo, os parentes do morto, com a notícia, modifiquem os testamentos que contemplavam o morto, em benefício de terceiros), salvaguardam direito à personalidade como tal e direito à verdade.

2.

Tutela do direito à verdade. A tutela do direito à verdade pode ser pela ação declaratória da relação jurídica a que se aludia, com prestação de enunciado de fato, ou pela ação condenatória específica. Por exemplo: a empresa A pede a 8 a fórmula que lhe dê, nos seus laboratórios, o resultado *a;* E satisfaz o pedido, e remete a conta; C escreve que a fórmula de E é falsa; E tem direito, pretensão e ação a que se reconheça a verdade da fórmula. Não se precisa alegar dano; exigir-se isso seria confundir-se a ação de condenação especifica com a ação do art. 159 *(actio legis Aquiliae),* tal como se passa com a ação condenatória específica, em se tratando de honra ou de propriedade *(actio negatoria* e *interdictum uti possidetis,* confusão que R. von Jhering, Rechtsschutz gegen injuriáse Rechtsverletzungen, *iahrbúcher fúr die Dogmatik,* 23, 267 s., exprobrou a E. Windscheid, G. Mandry, C. G. von Wàchter, A. Brinz e outros). Não se precisa de alegar dano ou culpa, pois que se está diante de direitos absolutos. A ofensa é à verdade, àhonra, ou à propriedade mesma: se A diz que B mente, ou que B é contrabandista, ou que o prédio x não é dele, a ação de condenação específica pode ser proposta.

Na Constituição de 1988, art. 59, V, 1ª parte, está referido como direito pré-constitucional, direito de personalidade, que a Constituição mesma assegura, o *direito à resposta:* "E assegurado o direito de

resposta." A regra jurídica é bastante em si. Qualquer pessoa, a que, no Brasil, se tenha ofendido o direito de personalidade à honra, ou à verdade, tem direito, pretensão e ação para a resposta. Direito de resposta é o direito de negar, no todo ou em parte, enunciados de fato que alguém emitiu. Envolve a atividade do respondente e a atividade do destinatário dela, no sentido de que a divulgue do mesmo modo e com a mesma intensidade e extensão. A lei ordinária apenas se deixou editar regras jurídicas processuais, que não cerceiem o direito de resposta, que a Constituição de 1988, como as de 1967 (art. 150, § 8ª, 2ª

parte), inclusive com a Emenda nº 1, de 1969 (art. 153, § 8ª, 2ª parte), 1946 (art. 141, § 59, 39 parte) e de 1934 (art. 113, 9), 39 parte), *reconheceu* e assegurou. Na Constituição de 1937, art. 122, inc. 15, era "assegurado a todo o cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente, nos jornais que o infamarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação". O

legislador daquele momento mais se preocupara com a ofensa à honra do que com a ofensa à verdade.

Se alguém, mentindo em grupo, ou divulgando notícia falsa, ou dando-a a outra pessoa, causa dano a essa, ou a outra, a ação é, então, a do art. 159. Só pela culpa responde, segundo o art. 159, o que emitiu enunciado falso. Também a ação do art. 16 da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (publicação de notícias falsas) não é de direito de personalidade à verdade, tanto que se exige o alarme social, ou a perturbação da ordem pública, propositadamente, e o crime ocorre ainda quando se obtenha tal resultado com a noticia de fatos verdadeiros.

A calúnia tem, em direito constitucional e civil, extensão maior do que em direito penal; não é preciso que o ato ou omissão que se atribui, ou o fato *(e.g.,* insolvência da casa comercial, serem artificiais os dentes da senhora X), seja crime, que o Código Penal definiu, O ser crime é pressuposto suficiente; não é, contudo, pressuposto necessário. Basta que o enunciado, falso, cause dano a outrem, ou possa causar. No direito civil alemão, para a ação de ato ilicito culposo é preciso que o ofensor conhecesse ou devesse conhecer a falsidade (§ 824, 12 parte). Dá-se o mesmo no direito brasileiro. Porém a ação do art. 159 não é a única. Ainda que o ofensor ou a pessoa a quem comunica conheça e devesse conhecer a falsidade, a ofensa basta à ação de abstenção e à

de preceito cominatório inicial. (Também a injúria como crime tem extensão que não é a do delito civil de injúria, e Tomé Vaz, *Aliegationes super varias materias,* aleg. 16, nº 7, e aleg. 9, nº 10, sabia disso.)

O direito à verdade não diz respeito apenas à imputação de atos. O enunciado, dissemos, pode referir-se a fatos. Aliás, não épreciso que tenha a forma discursiva de enunciado, de julgamento; basta a expressão concreta, em ato, ou símbolo, ou indicação gesticular, ou sonora. A simples suspeita, sem se precisar fato, não é ofensa ao direito à verdade (O.

Warneyer, *Kommentar,* 1, 1.311); posto que o possa ser ao direito à honra.

O ato do que divulgou ou comunicou não é contrário a direito se o agente tinha interesse legitimo em divulgar ou comunicar e desconhecia a falsidade do enunciado de fato. Assim, somente não há a contrariedade a direito, se o que divulgou ou comunicou desconhecia a falsidade e tinha interesse legítimo em divulgá-lo ou comunicá-lo. Basta que o interesse não seja contra-direito, nem contra os bons costumes, nem contra a ordem pública, para que seja legitimo. Nada obsta a que seja interesse legítimo de outrem, se lhe cabe atividade concernente a ele, ou as circunstâncias (e.g., estado de necessidade) lha atribuem ou permitem (L. Ebermayer, J. Eichelbaum, A. Lobe e W. Rosenberg, *Das* Reichs-Strafgesetzbuch, 541). Não é assaz, para se pré-excluir a contrariedade a direito, que o agente creia, erroneamente, na existência de interesse legítimo (E von Liszt, *Die Deliktsobligationen,* 38; *aliter,* no direito penal, por faltar o dolo).

Os pressupostos do ato ilícito da ofensa ao direito à verdade são: *a)* a afirmação ou difusão de enunciado de fato objetivamente contrário à verdade, excluidos, pois, os enunciados em termos gerais; *b)* a danosidade, ainda moral, da afirmação ou difusão, ou ameaça de dano. E preciso que a cominação ou divulgação do fato seja de molde a poder, ordinariamente, ter a conseqUência de ser inconveniente ao direito, à tranquilidade, ou operações, clientela ou prosperidade do ofendido. (O art. 1.547, parágrafo único somente concerne aos casos em que haja, no direito penal, a figura da calúnia penal ou da injúria penal.) O confirmar, ainda pelo silêncio, é afirmar.

Se o ofensor desconhecia a falsidade do enunciado, só responde pela

negligência (= quando devia conhecê-la). Não se há, porém, de exigir a previsão do perigo para o ofendido: o ofensor se ainda não podia prever as consequências, responde por elas (sem razão, L. Trâger, *Der Kausalbegriff* 205 s.).

A falsidade do enunciado de fato precisa ser suscetivel de prova. Tem de ser objetivamente falso e tem-se de alegar e provar essa falsidade. Todavia, a comunicação, ou divulgação, em termos falsos, de enunciado de fato verdadeiro pode bastar, — ou porque se lhe omita algo (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 11, 3V-35ª ed., 742), ou se lhe aumente, ou se lhe altere. Inclusive tratando-se de jornais ou outros periódicos.

As pessoas jurídicas são legitimadas à ação, no tocante a ofensas à verdade, respeito aos seus membros, ou a si mesmas, tratando-se de ação de abstenção ou de preceito cominatório. Para a ação de indenização é preciso que o dano tenha sido a elas, ou também a elas.

A prova da falsidade cabe ao autor; bem assim a da comunicação do fato. Ao réu, em sua defesa, toca o ônus de alegar e provar que tinha interesse legítimo em divulgá-lo e desconhecia a falsidade. Se, então, o autor alega que, a despeito do interesse, o réu conhecia a falsidade, — o ônus da prova compete ao autor.

3. *Ação nos crimes de calúnia e de difamação.* A ação pelo crime de calúnia, nos casos em que se imputa a alguém fato que só daria ensejo à ação privada e tal ação não foi intentada, ou foi retirada a queixa, é *fortalecida* pela *alegação de ação privada* contra o réu, que pretenda provar a verdade do fato imputado. Se a queixa for dada, antes de se julgar o crime de calúnia, tem-se de sobrestar no processo, até que se julgue a ação do ato imputado: a procedência da ação pelo crime de calúnia fica dependente de julgamento. Dá-se o mesmo se a imputação versa sobre fatos de vida particular. Aqui, o crime é de injúria, e não de calúnia.

Nos crimes de difamação, é de produzir-se a prova (Lei nº 5.250, art. 21, § l~, *b))* se o ofendido a admite. A admissão, por si só, revela que se reconhece ao ofendido o direito à verdade; não lhe basta a punição do ofensor, é-lhe de interesse a afirmação judicial da falsidade dos enunciados.

A reintegração da verdade, em forma específica, opera-se: *a)* pela publicação da sentença de condenação, de modo a que se restabeleça o enunciado verdadeiro, ou pela comunicação àqueles a que interesse a verdade do enunciado; *b)* pela inserção da retificação, ou da resposta; *c)* pela supressão dos escritos lesivos à verdade.

4. *Morte e direito à verdade.* Com a morte, cessam os direitos, inclusive os direitos de personalidade. Morto não tem direitos, nem deveres. Tratando-se de publicações pela imprensa (jornais, revistas, boletins etc.), a ação *de retificação compulsório* (Lei nº 5.250, arts. 29-36) pode ser intentada pelo cônjuge, ascendente, descendente, ou irmão, ou irmã, do falecido ofendido, ou a cujo respeito se publicou notícia ou enunciado não verdadeiro, se a ofensa foi posterior à morte, ou anterior, se antes não se consumou o prazo para a punição para o ofendido, em vida, ou para o parente, segundo o art.

29, § 1ª, *b),* contado da morte. A ação do art. 159 quanto à ofensa à verdade transmite-se aos herdeiros do ofensor. Se foi proposta, em vida, ação cominatória, a infração pode ser oriunda dos herdeiros ou sucessores *(e.g.,* esses ou aqueles publicam ou reeditam o livro cuja afirmação falsa foi objeto de apreciação judicial).

§ 737. Direito *à* honra

1. *Conceito de honra.* A dignidade pessoal, o sentimento e consciência de ser digno, *mais* a estima e consideração moral dos outros, dão o conteúdo do que se chama *honra.* Há direito de personalidade à honra, o que faz as lesões à honra serem atos ilicitos *absolutos.* O direito à honra é direito absoluto, público, subjetivo. Só há ofensa à honra das pessoas, físicas ou jurídicas, inclusive Estados; não há ofensa à honra da "literatura", ou da "arte", ou da "ciência" de determinado país, ou povo; nem a alguma obra de arte. A ofensa à obra de arte pode ser ofensa a quem a fez, mas, aí, foi a pessoa do artista que foi ofendida. Em todo o caso, a ofensa à honra da escola filosófica, científica, ou artística, também pode ser a todos os que a compõem, se não há difusão que os torne indetermináveis, ou em número acima da atingibilidade pelas injúrias e difamações *(e.g.,* aos positivistas, ao

clero, aos católicos, aos protestantes). A calúnia ofende a honra pela ofensa à verdade, que a atingiria; a injúria, pela ofensa àdignidade e ao decoro, na presença ou não; a difamação, pela ofensa à reputação, portanto ainda na ausência (Código Penal, arts. 138-145). Na difamação, atinge-se o elemento reputação (estima ou consideração social); na injúria, ofende-se o elemento introspectivo, que é o sentimento e consciência da dignidade pessoal (a dignidade ou o decoro).

O problema do direito à honra está, principalmente, em se saber se há violação da honra somente nos casos do art. 1.547, ou também se não houve injúria, nem calúnia, mas houve ofensa à honra, isto é, ao direito à honra, tal como se dá com qualquer outro direito subjetivo. Responderam negativamente P. Oertmann *(Recht der .Schuldverhãltnisse,* 1.055), L.

Enneccerus *(Lehrhuch,* II, 3P-35ª ed., 720 s.); afirmativamente, H. Dernburg *(Das Búrgerliche Recht,* II, *2,* 751), E

Endemann *(Lehrbuch, 4ª* ed., 1, 1.262, nota 28). Em verdade, há o direito à honra e o art. 159, 1ª parte, *verbis* "violar direito", e não só o art. 159, 2ª parte, "causar prejuízo a outrem", é de invocar-se, bem como a tutela especifica dos direitos de personalidade.

(A tradição do direito luso-brasileiro é a do direito subjetivo à honra, ainda quando só se pleiteia pela injúria, tanto que a indenização, que se pedia, era em substituição da ofensa, isto é, "antes tomara perder e deixar de ganhar x que a receber", como se usava nos libelos, ou, depois, nas petições iniciais.) Onde há crime contra a honra, há ação civil; mas pode existir essa sem aquele, isto é, haver a ação de condenação especifica, ainda com a reintegração, e a de indenização, tendo havido absolvição do crime contra a honra. Para a indenização, basta a culpa; para a condenação especifica, basta a ofensa objetiva.

A honra entra como elemento de suporte fático em diferentes regras jurídicas. As vezes, sob o nome de idoneidade *(e.g.,* mis. 410, 1.489 e 1.490), como para nomeação de tutor ou curador, ou testamenteiro dativo. Para que exista, não se exige má-fé, nem a má-fé basta para compor inidoneidade.

A insolvência e a falência só por si não são desonra, ou inidoneidade; mas há presunção de inabilitação *(e.g.,* art. 1.490), que produz efeitos de impedimento para certos cargos e exercício do comércio, — donde ser constitutiva negativa de tal eficácia a decisão que habilita.

O conceito de honra é o mesmo, no direito penal e no direito privado (Max Fechtner, *Die Ehre,* 11).

2. *Pessoas jurídicas e honra.* As pessoas jurídicas também podem ser ofendidas em sua honra, porque é comum às pessoas físicas e às jurídicas o bem da reputação, da boa fama (K. Specker, *Die Persõnlichkeitsrechte,* 128; E. Ferrara, *Teoria delie Persone giuridiche,* 835). Ao adquirir personalidade, o ser não-físico adquire tal direito, que não depende de substrato pessoal físico (contra, entre outros, V. Manzini, *Trattato di Diritto Pena le,* VIII, 333 s.).

3. *Direito inato.* O direito à honra é inato. Os nascituros são protegidos (art. 42, 2e parte). Se A diz que o filho da viúva B não fora concebido no casamento, pode o curador do nascituro exercer as pretensões e ações, penais e civis, que correspondem ao direito à verdade e ao direito à honra, *no tocante ao nascituro.*

A inatidade do direito à honra não importa em que se tenha como conteúdo da honra algo de imutável e homogêneo.

Com a personalidade nasce-se, mas com a personalidade também se vive. A honra do tesoureiro do banco tem *plus* de sensibilidade (= atingibilidade pelos atos ilícitos), em comparação com a do mercador da rua; posto que se não possa negar a existência de elementos-cerne do direito à honra: acusar-se, falsamente, de *mais* um crime ao criminoso de *um* crime é tanto calúnia quanto imputar-se crime a alguém cuja vida é ilibada. O que faz a diferença entre a ofensa à honra, pela calúnia, e a ofensa à honra, pela injúria ou a difamação, no que concerne à unicidade, no tempo e nas pessoas, do conteúdo da honra, em se tratando daquela, éque, na calúnia, está em causa ofensa ao direito à verdade, que éimutável e homogêneo. Na ofensa por injúria ou difamação, a honra, com o seu conteúdo *vivido,* é que é ofendida.

4. *Calúnia e ofensa à honra.* A calúnia ofende o direito à verdade, *no tocante à pessoa,* e pode ofender à honra, porque o falso enunciado de tato, que se comunica, é crime (direito penal), ou elemento diminutivo da dignidade pessoal ou da estima pública ou consideração (elemento extrospectivo da honra). Sempre que também está em causa o direito à verdade, a chamada *exceptio veritatis* é de admitir-se. Não se prestou suficiente atenção a isso; e daí resultou toda a discussão em torno dos fundamentos da chamada *exceptio veritatis* e do seu cabimento, *de lege ferenda.* Uns juristas entendem *a)* que há o direito de censura privada, com que se defendem a verdade e os bons costumes, outros, *b)* que não há esse direito e só em atenção à verdade é que se admite que alguém censure, acuse. Note-se que, se *a),* a chamada *exceptio veritatis* é mais ônus da prova, que se dá ao réu; se *b),* protege-se a pessoa contra a censura, a acusação, sem ser através da justiça, e a chamada *exceptio veritatis* é bem *exceptio,* porque apenas encobre a eficácia do ato ilícito absoluto. Tal *exceptio* ou foi sugerida, em *a),* para assegurar o direito à verdade, que também tem o que comunica o fato delituoso; ou, em b), para se evitar que se puna a alguém por enunciado verdadeiro. A discussão, de que falamos, é inútil, porque não se desce, com ela, quer de um lado, quer de outro, à análise dos direitos de personalidade, que estão em causa: se só o direito à honra está em causa, ou, pelo menos, o direito à verdade não passa à frente, — não há pensar-se na chamada *exceptio veritatis;* se o direito à verdade está em causa, — ou o enunciado do que se tem por simples caluniador é *falso,* ou não no é; tem ele, como o caluniado, o direito à verdade e a regra da chamada *excep tio veritatis* apenas funciona como regra jurídica sobre ônus da prova. Quem acusa tem de provar a acusação, se não quer acarretar com as consequências do seu enunciado.

A respeito da chamada *exceptio veritatis,* cumpre advertir-se em que a discussão, em torno de terem o direito privado e o direito público não-penal de admiti-la, se e na medida em que o direito penal a admite, é ociosa. A chamada *exceptio veritatis* tem de ser admitida, num e noutro, porque, se o não fosse, estaria desprotegido o bem da verdade. Os legisladores, ao procurarem, através dos tempos, as fórmulas para as espécies, em que hão de dar aos imputadores a *exceptio veritatis,* buscam discriminar os atos ilícitos por violação do direito à verdade. Assim, quando, no art. 138, §

32, 1, do Código Penal, se pré-exclui a prova da verdade se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença trânsita em julgado, não se deixa de atender ao direito à verdade, — apenas se põe em primeiro plano o

bem da honra, pelo interesse secundário, que poderia ter o acusador na verdade sobre o crime de ação privada.

5. *Ofensa não-criminosa à honra.* A honra pode ser ofendida, civilmente, sem ser *crime* o ato que se imputa ao caluniado. Há direito subjetivo à verdade e à honra mais *vasto* do que aquele que resulta dos arts. 138-145 do Código Penal. Aliás, a retratação do art. 143 não isenta da reparação do dano causado. A absolvição da acusação de calúnia, no direito penal, por falta de dolo, não exclui as ações civis fundadas na culpa (art. 159), ou na ofensa ao direito absoluto de personalidade. As regras jurídicas concernentes à não-publicação de discursos ofensivos, ou de cancelamento de frases insultuosas, ou injuriantes, ou lesivas, nos autos, são atos de função administrativa ou judicial dos que presidem assembléias, ou tribunais, ou juízos.

Nos direito à direito à casos de concorrência desleal, há outro direito, além do honra, que se ofende. Às vezes, é também ofendido o verdade. A honra pode ser ofendida por ato ilícito absoluto, que tenha efeito *anexo* em relação de direito relativo. Dissera o art. 317: "A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: 111. Sevicia ou injúria grave." Aqui, injúria era tanto a injúria *stricto sensu* quanto a calúnia e a difamação. Segundo a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 52, *pr.,* 1ª parte, a separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando atribuir ao outro conduta *deson rosa* que torne insuportável a vida em comum. Nenhuma dessas figuras perde o seu caráter de ofensa àhonra (direito de personalidade); apenas repercutem elas no direito de família, como ato ilícito relativo (efeito anexo) no contrato matrimonial. No art. 1.595, II, excluem-se da sucessão os que acusarem, caluniosamente, em juízo, a pessoa de que se trata, ou incorreram em crime contra a sua honra; e esse efeito *anexo* opera como mudança de circunstância que perfaz o pressuposto da ação do art. 1.596 (ação constitutiva negativa). Semelhante éo que ocorre na espécie do art. 1.183, III (revogação da doação por ingratidão).

6. Cessação do *direito à honra.* Com a morte cessam os direitos de personalidade. Morto não tem direitos, nem deveres.

Pensou-se em construir como direito à honra após a morte a tutela penal e civil contra a calúnia aos modos (R. Schulz-Schäffer, *Das subjektiue Recht im Gebiet der unerlaubten Handlungen,* 242 5.): a personalidade projetar-se-ia além da vida. Tratando-se de publicações

pela imprensa, a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, art. 40, 1, *d),* permitiu a ação *de crime de imprensa* ao cônjuge, ascendente, descendente, irmão, ou irmã do ofendido, se, feita em vida a ofensa, não precluíra a ação, isto é, não se esgotara um dos prazos do art. 41 (somente da morte nasce a ação do parente, de modo que assim se hão de entender os arts. 40, 1, *d)* e 41). Quanto ao cônjuge, a ação corre para ele como para o parente; bem assim, para os ascendentes e descendentes e irmãos ou irmãs (art. 40, 1, *dfl.* A calúnia contra mortos é punível (Código Penal, art. 138, § 2ª); a ação privada toca e compete ao cônjuge, ao ascendente, ao descendente e ao irmão (arg. ao art.

100, § 42), contando-se o prazo prescricional da data da calúnia. A injúria e a difamação contra modos são penalmente punidas; pois que a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, não distinguiu quaisquer crimes, no art. 40, 1, *d).* A calúnia não ofende só o direito à honra; ofende, também, o direito à verdade, que pertence ao cônjuge, ao ascendente, ao descendente e aos interessados; e, *de lege ferenda,* seria de tocar ao Ministério Público. A ação penal pela calúnia conserva, portanto, carga maior de ação do direito à honra, o que explica haver a limitação da legitimação ativa àquelas pessoas parental e afetivamente próximas. Passa-se o mesmo em relação à ação de retificação, se a ofensa é calúnia, injúria ou difamação.

O direito à honra é intransmissível. Donde o problema: quem é o sujeito do direito à honra, no caso de ofensa à memória dos modos? Tem-se de eliminar, de início mesmo, que se trate de familia como ente coletivo (família não é pessoa); outrossim, que se haja de ter, ficticiamente, como vivo, o ofendido, e se faça a outrem sujeito da relação jurídica processual. Por outro lado, dizer-se que a ofensa ao modo *também* é ofensa aos próximos deslocaria o problema: se não há esse interesse concreto do próximo, como admitir-se a ação? O direito brasileiro admite a ação penal de calúnia contra os mortos e a ação de retificação compulsória. Se a calúnia contra o modo ofende a direitos de herdeiros, cônjuge, ou parentes, ainda que não sejam aqueles que teriam a ação penal de calúnia ou a de retificação compukória, *a pretensão e a* ação *civil são deles,* e não do modo. Significativamente, o Código Penal frisou a ligação ao direito à verdade, pois só se referiu à retificação e à calúnia; as pessoas que as duas leis têm como legitimados são os titulares das pretensões e das ações retificativa e penal, porque o sistema juridico entendeu que eles têm interesse — material, moral, sentimental, intelectual, não importa qual — em que se não ofenda à memória do modo.

7. *Tutela jurídica do direito à honra.* Respondido que existe direito de personalidade à honra, há a tutela jurídica ao direito, ainda que dano material não haja. O Código Civil, art. 1.547, estatuiu: "A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido"; e o parágrafo único acrescentou: "Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art.

1.550)." Tal ação é a ação condenatória *ex delicto* (art. 159), inclusive *ex argumento* ao art. 160,1, 2ª parte. Há, ainda, a ação cominatória do art. 287, do Código de Processo Civil e a ação de condenação especifica, por ter havido ofensa àhonra, ou por haver ameaça, ou ambos os pressupostos, ainda se continuada a ofensa, sem *ser preciso que tenha havido culpa:* a condenação é a abster-se, ainda se se condena à destruição de folhetos, publicações, ou à retratação pelos meios por que foi feita a ofensa à honra. Tal ação existe no direito privado, ainda que não exista em direito penal. Se existe nesse, as duas são inconfundíveis (cf. Código Penal, ads. 138-145; Código de Processo Penal, ads. 519-523; Lei nº

5.250, de 9 de fevereiro de 1967, ads. 37-48, Lei de Imprensa). A ação de retificação de publicações feitas em jornal ou periódico é ubíqua (de direito público e privado), ligada ao direito à verdade, e só ocasionalmente também ao direito à honra. Não pré-exclui a de condenação específica, nem a penal pela ofensa à honra (Lei nº 5.250, ads. 20 a 22 e 40 a 48), nem a condenatória *ex delicto* (Lei nº 5.250, arts. 49-57), nem a cominatória do art. 287 do Código de Processo Civil.

Há, também, a declaratória da relação jurídica resultante da ofensa à honra, com (art. 159; Lei nº 5.250, art. 49, *pr.)* ou sem culpa (ofensa àhonra como direito de personalidade); porém só após o trânsito em julgado poderia ser pedida a condenação (sob o anterior Código de Processo Civil, art. 290, 2ª parte). O preceito, que dela emana, é efeito mediato *(Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, 1, 377 s.) E sempre útil insistir-se sobre a topologia dos preceitos: inicial, isto é, na citação, se incidente e aplicável a genérica regra jurídica do art. 273, 1, §§ 1ª, 3ª e 5ª ou a espe cífica do art. 461, §§ 3ª-5ª, do Código de Processo Civil; inserto (incluso) na sentença, se se trata de ação cominatória sem antecipação dessa eficácia; efeito mediato da sentença, se declaratória a ação.

No processo penal da calúnia, "quando for oferecida a exceção da verdade ou da notoriedade do lato imputado, o querelante poderá

contestar a exceção no prazo de 2 (dois) dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição as primeiras, ou para completar o máximo legal" (Código de Processo Penal, art. 523). A sentença de condenação do caluniado faz coisa julgada para o processo de calúnia; mas a sentença de absolvição não basta para que se julgue procedente a acusação penal de calúnia (pode não ter havido dolo, Código Penal, art. 18, parágrafo único), ou quanto à ação *civil* do art. 159 (pode não ter havido culpa). Todavia a absolvição faz coisa julgada, e basta, para que se julgue procedente a açao de abstenção, ou a de preceito cominatório, ou a concienatoria específica, inclusive com o elemento executivo da destruição de publicações e atos semelhantes.

8. Reintegração *da* honra. A reintegração da honra opera-se: *a)* pela publicação da sentença de condenação especifica, ou pela publicação da sentença penal; *b)* pela publicação da retificação ou resposta; 01 pela supressão dos escritos ou outros meios ofensivos.

A tutela da honra, no direito penal, supõe o dolo; no direito civil, à ação dos arts. 159 e 1.547 basta culpa, mas à ação pela violação do direito de personalidade só se exige a ofensa a honra. Direito inato, inalienável, irrenunciável, intransmissível. Não se precisa recorrer à teoria das nulidades para se dizer nulo o negócio jurídico em que se permita a ofensa ã honra: *tal negócio não entra* no mundo jurídico, como não entraria o pacto de escravidão ou alienação da liberdade. Todas essas situações não se confundem com aquelas em que houve apenas ofensa aos bons costumes ou cláusula ilícita *(e.g.,* se o legatário prometeu não se separar judicialmente, ou divorciar, se o beneficiado se obrigou a não deixar a profissão de limpador de ruas).

Sempre que se teve de alegar dano e há condenação a ressarcimento, os argumentos, que soem aparecer contra a indenização do dano moral, se reeditam. Para superar a controversia, o art. 1.547, parágrafo único, estatuiu: "Se este (o ofendido) não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550)." Tal regra jurídica não exclui a indenização do dano patrimonial oriundo do dano moral.

A reintegração em forma especifica faz-se: *a)* pela publicação da sentença de condenação, de maneira suficiente a restabelecer o bom nome do ofendido, ou a estima pública; *b)* pela retificação; c) pela

inserção de resposta; *d)* pela supressão dos escritos lesivos.

A responsabilidade civil é independente da responsabilidade penal (art. 1.525; cf. Código Penal, arts. 65-67 na Lei nº

5.250, art. 56, parágrafo único).

§ 738. Direito *à* própria imagem

1. *Problema* de iure condendo *e problema* de iure condito. Quanto ao uso da própria imagem, o problema de técnica legislativa e, pois, *de iure condendo,* é o de se saber se convém, ou não, que se tutele o uso exclusivo da própria imagem, ou contra o uso dela por outrem, com prejuízo ou violação de outro direito, ou se a imagem tem de ser considertda simples elemento fático. *De i* u *re condito,* primeiro se há de perguntar se existe direito a propria imagem absoluto; depois, se esse direito é direito de personalidade, por si.

Quem viola direito ao uso da própria imagem nem viola o direito à personalidade como tal, nem o direito à integridade física, nem a honra. Se só se tutela o direito ao uso da imagem e se algum desses direitos foi violado, não existe direito à própria imagem; outrossim, quando só se tutela o direito ao uso da imagem se outro direito, absoluto ou relativo, foi violado, não há pensar-se em direito à própria imagem.

2. *Identificação pessoal e imagem.* A imagem serve à identificação pessoal. No sentido de direito a que se não atribua a outrem que o próprio a imagem, é indiscutível que o direito à própria imagem existe, como um dos direitos contidos no direito à identidade pessoal, ao lado do nome. Se A usa como *imagem* sua a de B, cedo que A violou o direito à própria imagem que tem A. Esse tem pretensão e ação contra A, à semelhança do que ocorre com as ofensas aos outros direitos de personalidade. O *ius imaginis* supóe a identidade pessoal; de modo que usar a imagem de alguém, para se indicar, ou indicar a outrem, é ofensa ao direito (de personalidade) à própria imagem. Usar a imagem de alguém, para indicar coisa, não é ofensa ao direito (de personalidade) à própria imagem. Exames superficiais ou imaturos do problema, confundindo os dois direitos, ora negam a existência de

qualquer direito àpróprια imagem, ora o direito de personalidade à própria imagem. Para se demonstrar a sem-razão dos que negam o direito de personalidade à própria imagem *(e.g.,* L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 228), basta perguntar-se se não há pretensão e ação do que vê sob ou sobre o nome de outrem o seu retrato.

Direito à imagem é direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, *identificativamente.* Tanto o viola quem vende retratos de A, como sendo de E, quanto o que nega que o retrato de A seja de A, ou o que usa o retrato de A como seu. Diga-se o mesmo da voz. (Os juristas costumam dizer que os princípios e a tutela do direito à imagem se estendem, ou se aplicam, por analogia, àreprodução fonográfica, teatral e cinematográfica. Ora, tudo isso *está* no conteúdo do direito à imagem; não são direitos paralelos ao direito à imagem: são direito à imagem. O disco é imagem, como a película. Não se precisa construir direito à voz, por analogia com o direito à imagem: o direito à imagem já o contém. Se se trata da voz como elemento de identidade pessoal, o direito é de personalidade. Se se trata de se consentir na reprodução de discos ou películas, sem estar em causa desidentificação, o direito não é de personalidade. *A fortiori,* se se pretende usar a voz como de boneco ou manequim, — pois aqui entra, a mais, ou só, o valor patrimonial da voz.)

A voz não é instantânea, como a fotografia ou o retrato; desenrola-se na dimensão do tempo. Não há direito a se proibir a voz, se apenas, com ela, se comparam vozes, com intuito científico. A voz para discos de canções, discursos, ou lições, é no tempo, com aplicação prática de valor econômico. Já se está no plano do direito autoral. Corresponde a isso a imagem cinematográfica, ou de televisão; o consentimento, aqui, é de outra natureza. O que nos impoda para sabermos se há o direito à divulgação da imagem, sem se aplicar a coisas, ou a fins de lucro para o que publica, ou expõe, é responder-se à pergunta: ~A explicação ou publicação da imagem, sem o consentimento da pessoa, ainda que presumida, ofende a direito subjetivo? Da questão eliminaram-se as que concernem a *plus* de algum inconveniente eventual, a interesse em que determinada imagem não se publique ou exponha, a interesse em que a publicação, ou exposição, não se dê em cedo lugar e momento, e a interesse em que não se tire da publicação, ou exposição, ainda incólume a identidade pessoal, efeito de interesse patrimonial de outrem por ligação a coisa.

O direito de afixar, publicar ou difundir o retrato (a imagem) pedence à pessoa identificada, porém não é direito de personalidade; é direito que toca à pessoa por ter interesse em que não se use, a líbito, a sua imagem. Daí precisar-se do *consentimento* do retratado, salvo se, conforme os costumes, não seria de exigir-se (presume-se dado tal consentimento, *e.g.,* inserção do retrato em jornal, por ocasião de aniversário, nomeação, eleição, ou outro acontecimento relevante; ou não é preciso, *e.g.,* retrato tomado em reunião pública).

Cedo, não se pode vedar que se conheça a pessoa, pela imagem, nem que se guardem retratos, discos que se adquiriram, moldes de rosto e outras imagens. A vida social precisa disso. Há mesmo, em direito público, *deveres de identificação;* e há-os, também, nascidos de negócios jurídicos.

3. O *direito à própria imagem e a doutrina desde 1896.* Desde a monografia de H. Keyssner, em 1896, que se admitiu, na melhor doutrina, o direito à imagem. Em 1902, o assunto tomou a atenção do 26ª Congresso de Juristas alemães, com dois pareceres de Karl Gareis e H. Keyssner; e apareceu a obra de Georg Cohn *(Neue Rechtsgúter,* 39 s.). Pulularam pequenos estudos, sendo de referir-se o mais largo, de S. Rietschel, em 1903, e, na Itália, o artigo de M. Ricca-Barberis, em 1903, na *Rivista di Diritto Com merciale* (1, *1,* 192) e o de E. Dusi, em 1907 (V, *2,* 431 si. O grande mal, durante esse meio século, para a doutrina, foi o de não se haver precisado o que é e o que não é direito de personalidade, no tocante à imagem. O mesmo vício ocorreu quanto ao direito ao nome.

4. Direito à honra e direito à própria imagem; fixação de conceito de direito à própria imagem. Largo tempo gastou-se até se separar do direito à honra o direito à imagem. O direito à imagem existia, como direito de personalidade; e ninguém poderia negar a cominação a E, para que não mais usasse a fotografia de A, ainda que com A se parecesse; apenas a acuidade dos juristas não havia conseguido desprendê-lo, conceptualmente, de uma das suas figuras compósitas (cf. H. Keyssner, *Das Recht cm eigenen Bilde,* 49). Não só o direito costumeiro o delineara (Karl Gareis, *Gutczchten,* 9), nos diferentes sistemas jurídicos, — resultava da concepção mesma da personalidade e sua necessidade de identificar-se.

Por outro lado, a pesquisa, só em torno da *actio iniuriarum* ou da culpa aquiliana, ou da ação penal, impedia que se colhesse a figura mesma

do direito (de personalidade) à própria imagem, separando-se do direito a permitir o uso não violador da identidade. Aos poucos, foi-se revelando que a negação do direito de personalidade à própria imagem era atitude impertinente; mais: que se insistia em manter o direito abaixo do nível de cultura do nosso tempo. Aliás, primeiro prestou-se atenção a efeitos do direito a permitir a exposição, a venda e compra (R. von Jhering, Rechtsschutz gegen injurióse Rechtsverletzungen, *Jahrbàcher fúr die Dogmatik,* 23, 318 s.) e a impressão de retratos; antes, pois, de se proceder ao rigoroso discrime entre esse direito e o direito de personalidade à própria imagem. No entanto, o caso do pintor Jacquet, que pintara Alexandre Dumas Filho como se fosse vendedor judeu em bazar oriental, no fim do século XIX, concorreu para que se prestasse maior atenção, se não toda, ao direito de permitir mesclado com o direito à honra.

Ficou-se por muitos decênios a se pensar em ser parte da pessoa o exibir-se sua imagem *(e.g.,* M. Stenglein, Entwurf, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* VII, 502) e quejandas suposições. Por outro lado, misturou-se àquestão o direito em comum ao negativo da fotografia e, pois, pagas as novas despesas, à reprodução ou multiplicação, bem como ao direito de o pintor expor o retrato. Para se defender esse direito, que não provém da imagem, mas da *res nova,* chegou-se ao extremo de se negar o direito à própria imagem (por exemplo, H. Schuster, Gegen "das Recht am eigenen Bilde", *Aligemeine Osterreichische Gerichtszeitung,* 55, 202 s.). Jurista da altura de G. Cohn *(Neue Rechtsguter,* 47 s.) ainda misturava o direito àprópria imagem com o direito à honra, com repercussão em W. von Elume (Ist em Recht am eigenen Bilde anzuerkennen?, Das *Recht,* VII, 115) e em G. Lewinsohn *(Gibt es em Recht am eigenen Bilde?,* 36).

Quanto à natureza do direito à própria imagem, a confusão mesma levou a pensar-se em direito à propriedade *(e.g., 6.*

Lewinsohn, *Gibt es em Recht cm eigenen Bilde?,* 16-19), posto que H. Keyssner *(Das Recht cm eigenen Bilde,* 261), que se servira da comparação com o direito de propriedade, absoluto como ele, o tenha posto entre os direitos de personalidade, como direito novo. Aliás, inspirado em O. von Gierke *(Deu tsches Privatrecht,* 1, 708 s.). Em termos decisivos, Ph. Allfeld *(Das Urheberrecht und das Verlagsrecht,* 130) afirmou tratar-se de direito de personalidade, como o direito ao nome; mas logo acrescentou: e como o direito às marcas de indústria e de comércio; o que denunciou o seu imperfeito conhecimento desse. Também J. Kohler (Zur Konstruktion des Urheberrecht, *Archiv* fdr *Búrgerliches Recht,* 10, 274; *Enzyklopàdie,* 588) e RarI Gareis *(Gutac-*

tten, 11 e 17) frisaram tratar-se de direito de personalidade. Verdade que não distinguiram os dois direitos, o de personalidade e o outro, referente à exposição da própria imagem sem ser como identificadora. Também, após, J. Kohler *(Das Eigenbild im Recht,* 19) e L. Koenig *(Das Recht am eigenen Bilde,* 30), sendo que o primeiro atribuia às pretensões de um e de outro (não os distinguia) a ação negatória. Não se há de recusar ao direito a permitir o uso da imagem, para coisas, a ação negatória, à semelhança do que se passa com a propriedade, porém isso apenas mostra que se trata de direito absoluto, e não que seja direito de personalidade.

No tocante à publicação das cópias, para as quais foi preciso consentimento, ou teria sido preciso, é esse também preciso. As cópias do negativo, para o qual não foi, ou não teria sido preciso consentimento, podem ser publicadas. Não é publicação a exposição do retrato no interior de uma casa de habitação familiar, ou apadamento ou quarto. Se algum outro direito é ofendido com isso, é outra questão. Outrossim, não é publicar o reproduzir alguém, em maior ou em menor, para seu uso (álbum, galeria particular), retrato de outrem. Multiplicação, em si, não é publicação, nem exposição (cf. Ph. Allfeld, *Gesetz Ober das Urheberrecht,* 17).

5. *Direito à própria imagem, direito à imagem das coisas próprias e direito à imagem em coisas.* O direito à própria imagem, sem ser direito de personalidade, assemelha-se, porém não se identifica, com o direito à imagem das coisas próprias. No erro de confundi-los incorrera H. Keyssner *(Das Recht cm eigenen Bilde,* 43 e 62). Aquele, embora não seja direito de personalidade, provêm dela; esse é elemento do direito de propriedade, é exercicio desse, supõe o ser proprietário da coisa ou poder usá-la nesse sentido (O. Lewinsohn, *Gibt es em Recht am eigenen Bilde?,* 17 5.; sem razão, L. Koenig, *Das Recht cm eigenen Bilde,* 38).

Os escritores, que confundem os dois direitos, necessariamente caem na contradição de dizerem intransmissivel, irrenunciável, inalienável, o direito ao nome ou à imagem, e logo após aludirem ao consentimento para uso do nome, ou a imagem, em coisas ou em publicações. Esse direito ao uso da imagem, sem atingir a identidade pessoal, é transmissivel, se já determinado o emprego a operar-se. Os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge, não sucessores, não podem consentir; podem exigir que nao se use a imagem do morto, se há ofensa à honra. O ser-herdeiro é que legitima *(aliter,* J.

Kohler, *Autor- und Industrierechtliche Abhandiungen,* II, 69); derivativamente, quanto a prestações devidas em virtude de negócio jurídico do decujo. Os ads. 95, 9ª, 120, 79, e 125, *42,* do Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, falaram, explicitamente o primeiro e os outros em remissão, de "sucessores diretos". ~Que se entenderia por sucessão "direta"? ~Seria à sucessão do primeiro grau que se referiu o Decreto-Lei nº 7.903? ~,Ou somente à sucessão legitima?

Ou à sucessão pelos descendentes, ascendentes, cônjuges e irmãos, excluídos os que viriam após, na falta desses? No direito anterior ao Código Civil, art. 666, X, 2ª parte ("A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição de retrato ou busto."), cuja regra jurídica se revogou pela Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, era permitida a reprodução e publicação de retratos sem licença da pessoa (Parecer das Seções Reunidas do Império e Justiça do Conselho de Estado, 30 de novembro de 1884; V Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 4 de dezembro de 1914, *RD* 40/567-570). A Convenção Internacional Americana, art. V, fatou de

"permissão expressa", sem dizer de quem. O Decreto-Lei nº 7.903, de "sucessores diretos". Eram os herdeiros do representado; não os herdeiros dos seus herdeiros.

O direito à imagem não se confunde com o direito à intimidade, isto é, o direito a que se exclua o tornar-se conhecido algum fato, qualidade ou a pessoa mesma (incógnito). A principio, os juristas não se forraram à grave confusão e ainda hoje juristas há que cometem tão grande erro *(e.g.,* A. de Cupis, *1 Diritti de lia personalità,* 108). O próprio direito, a pretensão e a ação, para se opor à difusão da imagem, nada têm com o direito de personalidade à imagem, que é direito à identidade pessoal. Aliás, nada tem com esse o direito a cópias de retratos, ou a que não se alienem a outrem outras cópias. Para que a difusão da figura pudesse ser dependente, em geral, do consentimento da pessoa, seria preciso que existisse esse direito à imagem, ou, melhor, à difusão da imagem, incluído, ou não, em direito à intimidade, e esse direito não existe. O jornal não pode ser impedido de inserir o retrato de 8 no dia do seu aniversário. Se havia direito de autor à fotografia, ou se o fez para injuriar, é outra questão: ali, fere-se o direito de autor; aqui, o direito à honra. Se o jornal acrescentou anúncio de alguma coisa, o direito ferido é o direito à imagem, no que não é direito de personalidade.

Quanto à publicação e exposição do retrato, o consentimento explícito só é necessário se há razão para se entender que tal publicação, ou exposição não seria de admiti-la o retratado. O consentimento pode ser tácito. Pode ser para publicação, e não para exposição, ou vice-versa. Por outro lado, é possivel a denúncia cheia, isto é, a denúncia com fundamento em dano, ou exercício irregular por parte de quem publica ou expõe. (Evite-se dizer que é possível a revogação, como fazem alguns escritores, *e.g.,* E. Valerio e Z. Algardi, *II Diritto d'autore,* 254. O caso não é de se retirar a *uox,* mas de resolução ou de denúncia, conforme os princípios.) 6. *Direito à própria imagem e direito às cópias.* Quanto ao conteúdo, de começo só se pensou na fotografia, e não na obra do pintor, do escultor, do fabricante de manequins, e na fonografia; ainda não havia o rádio e a televisão. Quando se procurava o sujeito do direito, mais se pensava no direito às cópias do que no direito de personalidade. Os conteúdos dos dois direitos são inconfundíveis.

a) O direito de personalidade à própria imagem contém, em primeiro plano, a exclusividade da imagem como peça identificadora, — donde a pretensão e as ações tendentes a se assegurar ao modelo (chamemos assim à pessoa a que pertence a imagem) que ela, seu nome e a sua imagem estão em correlação. Publicar ou expor fotografia, ou retrato, ou tocar disco, ou passar filme, ou expor em televisão, como sendo de B a figura ou a voz de A, lesa a identidade pessoal de A e, pois, o seu direito de personalidade. O segundo elemento do conteúdo do direito de personalidade ãprópria imagem é o de obtê-la, — o que se não confunde com o consentir em fotografia, ou em outra imagem, que é limitado pelas circunstâncias pré-excludentes da necessidade de consentimento:

a) se a imagem faz parte da história ou da vida do lugar, do Município, do Estado Federado ou do Estado; *b)* se a figura ésomente parte de cenário local, ou panorama fônico; *c)* se se trata de sessão, ou cena, ou reunião, em que a pessoa toma parte; *d)* se, a despeito de não ter havido consentimento, o interesse público, cientifico, adistico, ou outro, de semelhante relevância, passa à frente do interesse individual da pessoa; *e)* se se trata de identificação compulsória, ou necessária a algum ato de direito público ou privado.

A faculdade de consentir em fotografar-se, ou falar em rádio, ou falar para gravação, ou em ser televisionado, não é conteúdo do direito de personalidade à própria imagem; é *exercício* dele. Não se transmite o direito; se se transmitisse, seria possível o negócio em que A

permitisse a B dizer que a voz (de A), que se iria ouvir, seria a sua (de E). Tal negócio não entra no mundo juridico. A faculdade de consentir em que a sua fotografia ou a sua voz, ou outra imagem, figure em coisas, sem ofensa à identidade, não é conteúdo, nem exercício do direito de personalidade à própria imagem.

b) Quanto ao direito às cópias de imagens, não à imagem em si como instrumento de identificação pessoal, H. Keyssner *(Das Recht am eigenen Rude,* 2 e 16) formulou: "Sem o modelo, o artista reprodutor não logra a figura. Só o modelo poderia permitir a figura. O modelo é o dono da figura." Mais: "Sem o modelo éimpossivel o negativo fotográfico; ao modelo fotografado pertence, por lei, o direito de autor à cópia. O modelo é o autor, para o qual o fotógrafo está apenas como empreiteiro." Tais comparações e misturas de conceitos são perigosas. Não se há de negar que a pessoa, que encomenda o retrato, tem direito às cópias; porém isso nada tem com o ter de consentir se alguém quer usar o retrato em pacotes de mercadorias, ou em televisão, ou difundir pelo rádio a sua voz. Se o fotógrafo não pode vender as cópias do retrato a estranhos é porque a sua obra foi para o retratado; os seus direitos e deveres, as suas pretensões, obrigações, ações e exceções são oriundas do negócio jurídico. Se A *consente* em se fotografar para B e o fotógrafo entrega dez cópias a B, é de interpretar-se que pode satisfazer pedido, que B lhe faça, de mais cópias. Para o nosso assunto, o que interessa é aquele consentimento de A: ~por que é necessário o consentimento de A? Esse consentimento só deixa de ser necessário, se A se acha em circunstâncias em que haja interesse público em sua identificação. Por isso, não pode pedir a destruição, ou a entrega dos negativos ou das cópias, se foi homenageado em festa pública, ou se cometeu crime, ou se é parte de cena de cidade, que interesse à divulgação; nem se opor a que a policia o fotografe para o serviço de identificação.

Esse consentimento é também o que se requere para o uso das cópias em coisas. Não está em jogo a personalidade, pois, com as usar, o interessado não nega a identidade daquele a quem corresponde a imagem. Se é preciso que consinta, é porque tem direito de *dispor* desse uso: poderia usar a própria imagem para o mesmo fim, mas concede a outrem que a use.

Por seu lado, J. Kohler *(Das Eigenbild im Recht,* 8) incidiu na confusão entre o direito à própria imagem (aliás o de consentir em ser fotografado, ou na gravação da voz, ou na transmissão teleóptica) e o

direito de autor.

Sustentam juristas que o direito à própria imagem (não o direito de personalidade) se limita ao semblante, ao rosto (e.g., H. Schneicked, Der Streit um das Recht am eigenen Bilde, *Annalen des Deutschen Reichs,* 37, 169 S.; L. Koenig, *Das* Recta *am eigenen RUde,* 37). Algumas objeções sérias lhes fez W. von Elume (lst em Recht am eigenen Eilde?, *Das* Recta, VII, 115). Porém o problema não foi posto como devera, nem satisfizeram as soluções. O direito estende a sua tutela até onde o interesse é relevante, — *de minimis* non *curat.* Não pode o fotógrafo dar cópia do pé, ou da mão, ou o escultor o molde, para que se anuncie algum medicamento, se conhecido ou não como de alguém o pé, ou a mão, com ou sem a indicação de quem é. Bastaria essa espécie para tornar inadmissível a afirmação *a priori* de só haver direito à imagem relativo ao rosto ou à cabeça. Se é certo que aquele, de quem se fotografou o pé anormal, ou atingido por acidente ou doença, ou outra parte do corpo, não tem pretensão e ação contra quem publica a imagem (sem indicação da pessoa), é porque o interesse científico passa à frente. Aliás, passaria à frente o interesse estético, como se alguém escreve artigo sobre as mais lindas mãos e o ilustra com as fotografias de algumas. Em todos esses assuntos, não é possível deixarem-se de pesar os interesses.

Pensava J. Kohler *(Autor- und Industrierechtliche Abnandlungen,* 57 s.) que, devido à memória do modo, algo de residuo da personalidade perdurava; mas frisava que os direitos das pessoas próximas eram produzidos depois da morte, e não derivados (também, Karl Gareis, *Gutachten,* 16). A despeito dessa explicação de J. Kohler, W. von Elume chamou de “espiritística” a concepção dele. Não há resíduo de personalidade de que nasça o direito: toda a personalidade se foi; o que resta está nas pessoas próximas e no circulo em que a projeção da figura do modo perdura. Para que essas pessoas possam ter direitos, pretensões e ações, leva-se em conta a repercussão da causa de cada um deles ou de cada uma delas em tais pessoas. O interesse próprio é que se tutela, posto que se fira a memória de outrem. Quem prova, por exemplo, ser ascendente ou descendente do morto, ainda que distantissimo o grau de parentesco do descendente, pode exercer a ação negatória contra o que usou a imagem do morto em coisa de sua indústria, Importa dizer-se que o consentimento desse énecessário (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 124, *verbis:* “Não serão registráveis como marca: XV —

imagem de terceiros, salvo com consentimento dos herdeiros ou

sucessores sob o direito anterior, inclusive à Lei nº

5.772, de 21 de dezembro de 1971, referiu-se o Código de Propriedade Industrial, Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, art. 95, 9ª, a "efígie" e "sucessores diretos", expressão com que se aludiu ao ascendente, e aos outros herdeiros, não, porém, herdeiros de herdeiros, ads. 120, 72, e 125, 42). Se o consentimento foi dado pelo decujo, os direitos, pretensões, ações e exceções passam aos herdeiros. Também aqui é preciso ter-se em vista que, se a ofensa *iria* a algum direito de personalidade, na legitimação cabem o cônjuge sobrevivente, os ascendentes, os descendentes e os irmãos do ofendido (cf. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, arts. 40, 1, *d)* e 29, § F, *b))*. O direito de vedar reprodução é limitado pelo interesse maior, público, na publicidade. A pessoa que se torna de interesse público, pela fama, ou significação intelectual, moral, artística, técnica, ou política, não pode ir até a ofensa a esse interesse ligado àciência, à moral, à arte, à técnica, ou à política. Advertiu nisso ~J. Kohler (Das *Eigenbild* im *Recta, 6* e 10), com razão, a despeito das argumentações contrárias de H. Keyssner (Das Recht *um* eigenen *BiId,* 37 s.) e Karl Gareis *(Ou tachten,* 14 S.; Das Recht am eigenen Bilde, *Deutsche Juristen-Zeitung,* VII, 412 s.) A seu turno, C. Cohn (Neue *Rechtsgúter,* 48) e 1h.

Olshausen (Das Recht am eigenen Bilde, *Gruchots Beitrdge,* 46, 497) frisaram ser impossível distinguir a publicação tolerada e a não-tolerada; mas seria elidir a questão: o difícil não é impossível.

O direito do retratado às cópias não se estende ao negativo da fotografia, porém, salvo se o retratado permitiu a venda a outrem, só ele pode pedir outras cópias. A Court of Appeal inglesa, a 20 de dezembro de 1888, revelou o direito ocidental quando reconheceu *injonction* contra o fotógrafo que cede cópias, ou, contra vontade do fotografado, expõe o retrato: "lhe photographer who uses the negative to produce other copies for his own use without authority, is abusing the power confidentially placed in bis hands merely for the purpose of supplying the customer; and fudher, ... the bargain between the customer and the photographer includes, by implication, an agreement that tbe points taken appropriated to the use of the customer only."

7. *Caricatura* e *direito à própria imagem.* A caricatura apresenta os seus

problemas típicos. Há quem diga que caricatura não éimagem, retrato, e pretenda exclui-la das considerações sobre o direito à própria imagem (e.g., Ph.

Allfeld, *Das Urheberrecht und das Verlagsrecht,* 131); e A. Osterrieth *(Das Urheberrecht,* 171) acentuou que o interesse cômico supera o de verdade, na caricatura: a caricatura mais tem por fim efeito comico que efeito identificativo. Porém nem um nem outro feriu o ponto: a caricatura é a imagem do que se reflete, da fisionomia ou do todo humano, na psique do caricaturista; é imagem de imagem; pode bem acontecer que apanhe mais do que a fotografia e obtenha exprimir mais do que o retrato a óleo ou a lápis. Mas, por isso mesmo que se tira da imagem interior, não pode opor-se à sua feitura o caricaturado. Se ofende à honra, ou a outro direito, éoutra questão. Todavia — e esse é o ponto principal — a caricatura de grande valor identificativo não pode ser atribuida a outrem, ofendendo a identidade pessoal; estaria violado o direito de personalidade à própria imagem. A afirmativa de que à caricatura só diz respeito o direito à própria imagem quando a identidade pessoal está em causa implica que se não precise do consentimento do caricaturado para se fazer caricatura; portanto sem razão estavam H. Keyssner *(Das Recht am eigenen Bilde,* 33) e J. Kohler (Das Individualrecht als Namenrecht, *Archiu 11h BOrqerliches Recht,* V, 88, *Das Eigenbild im Recht,* 16) quando equiparam a caricatura à fotografia.

O direito à própria imagem não compreende só a fotografia e a televisão; também o molde e a voz. Caricatura ou imitação de voz, sem ser para se crer na identidade, não é imagem usurpada; nem depende de consentimento, posto que as circunstâncias possam compor violação de outro direito, inclusive de direito à honra.

8. *Intransmissibilidade do direito à própria imagem.* O direito (de personalidade) à própria imagem é, por sua natureza, intransmissível, entre vivos e a causa de morte; não pode A dar a B o direito de usar a fotografia de A como se fosse de B nem o locutor de rádio, A, poderia ceder o seu nome a B, para falar como se fora A, ou vice-versa, — tal negócio recairia em identidade pessoal, e não entraria no direito. O direito a usar para designar coisas é diferente, — dele pode dispor o dono da imagem. Ali, a transmissão, como a ofensa, atingiria a pessoa; aqui, a imagem.

9. *Representação decorativa da pessoa.* O problema da representação decorativa ou ilustrativa da pessoa viva foi assunto de estudos no começo do século. O que escreveu livro sobre pessoa viva pode inserir as cópias das fotografias, ou das telas reproduzíveis sem licença: está a documentar, ou a decorar, a ilustrar; quem fez o mais (tratar da pessoa) pode fazer o menos. Não há princípio absoluto de proibição da representação decorativa da pessoa viva, como talvez pensasse R. v. Mohl *(Die PolizeiwissenschaJt,* III, 3ª ed., 429). Não há dúvida em que a caricatura do político, ou do industrial, ou do escritor, ou do cientista, ou do filósofo, na peça de arte, pode ser feita; porque os homens públicos se expõem às vantagens e às desvantagens da publicidade. Até onde isso é possível, sem se fazer punível o ato, depende do dolo e outros pressupostos fixados pela lei penal; até onde isso não é produtivo de efeito de indenização (art. 159) depende de regras da lei civil; até onde isso não ofende a honra depende do exame in *concreto.* Porém, em qualquer dessas espécies, não está em causa o direito de personalidade à própria imagem. E há o direito de usar imagens de pessoa viva para ilustração, ou efeito decorativo, destinadas à intimidade da pessoa. Não pode o jornal publicar a fotografia do político ao entrar na piscina, tomada por seu filho e sem ser destinada àimprensa; porém a tutela jurídica não é, aí, a do direito de personalidade, donde a conseqtiência assaz importante: se há dano, épreciso a culpa (art. 159); se se trata de ação penal, os pressupostos da lei comum ou da lei especial hão de estar satisfeitos.

10. *Cessação do direito à própria imagem.* Com a morte da pessoa, cessa o direito à própria imagem. Modos não têm direito. Pode ser ferido o direito á verdade, cujo titular seja o Estado, ou outra pessoa. Se alguém, C, dá a fotografia de A como sendo a de 8, cuja biografia escreve, C pode ser acusado de faltar à verdade, talvez mesmo de prática de crime, e D, ou A, ou 8, que o acusa, pode alegar e dar prova da verdade da sua acusação. Se C propõe ação de indenização, ou a especifica de condenação, por ofensa ao direito à verdade, D defende-se provando que a sua afirmação é que é a verdadeira (= C não tem, in casu, ação de direito à verdade). Por outro lado, os que teriam direito de permitir o uso da efigie nas marcas de fábrica (sob o regime do Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, art. 95, 92; na atual Lei nº

9.279, de 14 de maio de 1996, art. 124, XV, *in une),* nos títulos de estabelecimento e insígnias (art. 120, 72) e nas expres sões e sinais de propaganda (art. 125, 49), *a fortiori* têm o de defender a identidade pessoal do modo. Esse direito lhes nasce, não lhes advém do morto,

por sucessão. Têm-no também os que são cônjuge, ascendentes, descendentes e irmãos, ainda que não-herdeiros.

Quanto ao retrato após a morte, as pessoas que têm o dever de fazer as exéquias têm direito a permitir, ou não, que se publique ou exponha; aliás, a que se tire a imagem (inclusive máscara) do morto. Aí, não é o direito de personalidade à imagem que está em causa. Estaria se alguém publicasse ou expusesse o retrato de A como se fosse o do morto 8; e titular dele seriam o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, à semelhança do que se passa com outro direito de personalidade, o direito à honra (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, arts. 40,1, *d,),* e 29, § U, *b);* Código Penal, art.

138, § 2ª), ou alguém que, na espécie, tenha direito à verdade.

§ 739. Direito de igualdade

1. *Evolução do direito e igualdade humana.* A evolução dos sistemas jurídicos, que se haviam formado, sem que o princípio de igualdade estivesse à base deles, teve de se processar no sentido de cada vez maior simetria entre os homens. Não dissemos entre as pessoas, porque havia de ser desbastada a assimetria maior: a de haver homens que não eram pessoas. A crescente generalidade da regra jurídica serviu ao estabelecimento da igualdade perante a lei, dita igualdade formal, ou princípio de isonomia. Em verdade, porém, foi lentíssimo o exsurgimento dos princípios de igualdade formal ou material. A conceituação da igualdade não pode basear se só na democracia, nem só na liberdade: a autoridade democraticamente escolhida pode assegurar a liberdade e estabelecer desigualdades; nem o assegurar-se a igualdade formal, isto é, de todos perante a lei, significa que se deu a todos o mesmo bem de vida (igualdade material).

Por outro lado, não se pode identificar a *generalidade da lei* e a *igualdade perante a lei.* Tem-se de ver a essa igualdade de frente à lei, e não na lei. Tampouco, nos nossos dias, o direito à igualdade perante a lei só vincula o juiz ou o intérprete; salvo nos países ainda em graus retardados de evolução política, também vincula o legislador. São, pois, de repelir-se as afirmações de G. Anschotz *(Die Verfassung des*

Deu tschen Reichs, 13ª ed., 461 s.), R. Thoma *(Grundrechte und Polizeigewalt,* 217), O. Mainzer *(Gleichheit vor dem Gesetz,* 20 s.) e de juristas de outros países. Tal não é a concepção anglo-americana e brasileira; nem a que se introduziu na melhor doutrina européia, depois da primeira guerra mundial, onde e quando crepúsculos da liberdade e da igualdade não cortaram o ritmo da civilização ocidental (cf. *Comentários à Constituição de 1934,11,* 73-77; á *de 1937,* III, 286-394; *Comentários à Constituição de 1946,* III, 165-70; J. Hatschek, *Deu tsches und preussisches Staatsrecht,* 1, 196; G. Leibholz, *Gleichheit vor dern Gesetz,* 84 5.; 1-1. Triepel, *Goldbilanzuerordung und Verzugaktien,* 26, — *Staatsrecht* und *Politik,* 31 s.; H. Aldag, *Die Gleichheit vor dem* Gesetz, 51; H. Nawiasky, *Bayerisches Verfassungsrecht,* 261). Sob a Constituição de 1988, o art. 52, *pr.,* V parte, dirige-se a todos os poderes, como as regras insedas nas Constituições antenores. O conceito de igualdade perante a lei é técnico. E escusado procurar-lhe fundamentação filosófica; e errôneo confundi-lo com anseios ou propósitos de equidade ou de justiça social, como fizeram e fazem alguns juristas, que assim diluem, por bem dizer, a praticidade do principio de isonomia *(e.g.,* M. Rtimelin, *Die Gleichheit vor dern Gesetz, 69* 5.; H. Bindewald, *Der Gleichheitsgedanke,* 72; Lo Verde, *1 Cornpiti delia Scienza dei Diritto costituzionale,* 105). Tanto o juiz quanto a administração e a legislatura podem violar o princípio da igualdade. A violação é, então, no plano do direito público.

Isso não bastaria para que se pensasse em direito de personalidade à igualdade: teria de ser ubíquo, e não só concernente à competência e ao exercício dos poderes públicos. O vicio da argumentação contrária ao reconhecimento de direito de personalidade ã igualdade estaria em que se transplantaria para o plano da conceituação do direito à igualdade o elemento só relativo ã *origem* de tal direito. Tratar-se-ia de princípio institucional, e nada mais (E. Swoboda, Die Bedeutung des Grundsãtzes der “Gleichheit vor dem Gesetz”, *Õsterreichische Anwalts-Zeitung,* VIII, nº“ 10-12, 205-207). Certamente, a igualdade „perante a lei” somente pode ser afirmada *versus* Estado, ou *uersus* quem atenda à lei, ao ato administrativo ou judicial do Estado; mas a igualdade perante a lei (igualdade formal) não exaure a igualdade como direito. O empresário do teatro, do cinema, ou do salão de concertos ou de conferências não pode tratar com diferença de classe, de cor, ou de nacionalidade, os freqUentadores; posto que, dentro das regras de direito administrativo, quase sempre fiscais e policiais, possa exigir gravata branca (casaca), gravata preta (e decote às senhoras), ou, até, fantasia, *desde que* o *seja a todos.* A desigualdade somente pode provir de fato contrário a direito ou aos bons costumes, ligado à vida

pregressa ou presente das pessoas. Nada obsta, por exemplo, a que, no terreno dos negócios jurídicos de adesão, ou de conclusão forçada, um dos interessados a pré-exclua quanto aos que cumpriram pena por atos de violação de negócios jurídicos semelhantes, como a entrada no hotel de luxo a quem foi condenado ou pronunciado por ter cortado encosto ou assento de cadeiras e sofás, ou em bailes de elegância ao que tem nota policial ou judicial de furto de jóias ou de peles. A inspiração igualizante, através dos séculos, desde a civilização grega, veio transfundindo à legislação mesma regras de simetria e de tutela dos fracos, a fim de assegurar e "edificar" a igualdade, no mundo jurídico. Depois, esse propósito se tornou princípio dirigido aos próprios legisladores. Nesse ponto de altura, na evolução da técnica igualitária, os homens e as pessoas jurídicas não podem proceder, frente aos outros homens, de maneira tal que, transformada em regra jurídica a sua conduta, seria contrária ao principio de igualdade perante a lei (art. 52, *pr,* 1ª parte, da Constituição de 1988). O que ficou por desenvolver-se foi a *igualdade material.* A legislação protetiva do trabalho não é mais do que um dos meios para atenuar a desigualdade material e edificar a igualdade material. Tal propósito está à base mesma das diferentes técnicas de participação dos trabalhadores nos lucros, mais ou menos combinada com a técnica de seleção. Quando, em 1903, Otto Wendt *(Freiheit und Gleichheit,* 3 s.), se preocupou com o princípio da igualdade no direito civil, mais viu o que o direito privado edificava para atenuar as desigualdades e proteger os acidental ou temporariamente desiguais (menores, doentes, velhos, trabalhadores). Visão, portanto, insuficiente.

2. *Direito à igualdade e seus limites.* O dentro dos seus limites (= de acordo com o e o direito interno, constitucional ou não) Quem tem direito à igualdade tem-no frente Estado e os seus poderes. Há a pretensão e especifica, a ação de abstenção, com ou sem demais ações, *e.g.,* o mandado de segurança.

direito à igualdade, direito supra-estatal, é direito absoluto. a todos, inclusive o a ação condenatória preceito inicial, e as na vida social, o nome, que por bem dizer se cola à personalidade, como que se liga, se consolida, se fusiona com a personalidade mesma. Os nomes foram inventados para designar os homens (§ 29,1., de *legatis,* 2, 20 nomína ...

significadorum hominum gratia reperta sunt"); a vida torna-os portadores do que a pessoa designada arrasta consigo. De modo que há *interesse absoluto* na identidade pessoal e *interesse relativo,* que às vezes (não sempre) se justapóe *(e.g.,* valor do nome usado como clínico, pintor, músico, jurisconsulto). Teve razão A. Stúckelberg *(Der*

Privatnarne, 134) em dizer que, por meio do nome, a personalidade se realiza, individualizando-se; isto é, enchendo de vida o nome, e ao mesmo tempo enchendo com o nome a vida individual.

O direito à igualdade cessa com a morte. Todavia, se algum direito é conferido aos que já faleceram *(e.g.,* em outra batalha, ou na guerra), — o que se entende conferido aos herdeiros, se não se trata apenas de honras ou títulos, —

podem os herdeiros ou as pessoas, que tenham interesse no respeito do princípio de igualdade, argUir a infração desse princípio.

§ 740. Direito ao nome

1. *Personalidade e nome.* A personalidade é possibilidade de ser sujeito de direito e de deveres, de pretensões, obrigações, ações e exceções. Não se pode atribuir algo, ativa ou passivamente, sem se saber "a quem". Daí toda personalidade ter de distinguir-se das outras e precisar disso (interesse). Ser e parecer quem é constitui, pois, bem da vida; e o sistema juridico faz irradiar-se da personalidade o *direito à identidade pessoal,* uma de cujas manifestações é o *direito ao nome* ("nome" está, aqui, no sentido largo: prenome + cognome, ou nome patronimico, ou sobrenome). Há outras manifestações de tal direito, com quase igual relevância (identificação datiloscópica, fotográfica, teleóptica).

Nome é expediente de identificação pessoal. Um dos expedientes. À medida que a pessoa cresce, vive, se educa, se projeta

2. *Prenome e* impositio nominis. A imposição do prenome *(impositio nominis)* só se opera com o registro do nascimento. Quaisquer outros prenomes, que se tenham usado, ou em participações de nascimento, ou matriculas em escolas, ou passaportes, ou (irregulares) carteiras de identidade, não entraram no mundo jurídico e nenhuma eficácia têm. O direito brasileiro não abriu entrada ao direito eclesiástico, a respeito de batismo e de imposição de nome; por conseguinte, a pessoa, que foi batizada com um nome, pode ser registrada com outro, e só esse último suporte fático entra no mundo jurídico.

3. *Nome inteiro e nome particular.* Há o nome inteiro e o nome particular *(e.g.,* Gonçalves Dias). De modo que se há de conhecer o nome particular de cada um, a propósito de circunstâncias e atividades que não exigem o nome por inteiro (Diefenbach, Zur Lehre vom Namensrecht, *Zeitschrift fOr Deutsches Búrgerliches Recht und franzõsisches Ziuilrecht,* 35, 482; A. Wiesner, *Der Scl-iutz des Namens,* 14). De regra, o prenome só é protegido em conjunto com o sobrenome; mas a tutela do nome particular pode ser a do prenome composto (Francisco Otaviano, Francisca Júlia, Rodrigo Otávio), ou, excepcionalmente, a do prenome exótico, ou raro.

4. *Nome individual, firma individual (nome comercial da pessoa física), título do estabelecimento e marcas.* Já no regime do Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, os princípios assentaram-se. *(a)* O nome (individual) distingue-se da *firma mdividual* ou nome comercial da pessoa fisica, a que se assegura o uso exclusivo com o registro (arts. 104 e 105). Nada obsta a que o nome individual e a firma individual coincidam, desde que o portador delas não esteja inibido, por alguma razão, de registrá-la *(e.g.,* já outrem, do mesmo nome, a registrara), ou não esteja a exercer, irregularmente, o direito de uso do nome, ou do patronímico. Se o registro se fez, já existindo outra firma, idêntica, é anulável, dentro do prazo preclusional de cinco anos (arts. 156 e 157); bem assim se foi empregado nome individual de outrem, ainda que o houvesse permitido, ou nome patronímico, "que o requerente não possa usar legitimamente" (art.

111, 59, isto é, que não seja elemento do seu nome.

(b) O nome (individual) distingue-se do *título do estabelecimento* e da *insígnia,* isto é, da denominação, emblema, ou qualquer outro sinal, que sirva para distinguir o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, ou relativo a qualquer atividade licita (art. 114). A tutela jurídica é limitada ao município, ou ao Distrito Federal (art. 115). O nome por inteiro e o patronímico dos industriais, comerciantes ou agricultores, escritos por extenso, ou abreviadamente, bem como os pseudônimos, podem ser registrados. O Decreto-Lei nº 7.903, art. 117, 2ª, somente se refere aos patronímicos, porém é permitido o nome, ou o pseudônimo por inteiro, como um dos elementos do titulo do estabelecimento ou insígnia, se algo se acrescenta: "Casa X, Y, 2." Também pode ser usado como elemento do título ou insígnia o nome, por inteiro, ou abreviado, ou encurtado, de outrem, se lhe foi permitido usá-lo (art. 117, 39, inclusive se de antecessores (art. 117,

Note-se, todavia, que, aí, a permissão é para o uso do nome como elemento do título do estabelecimento ou insígnia, e não como *nome,* que é intransferível em si e em seu uso. O emprego de nomes alheios sem permissão (o contrato com o antigo sócio é uma das espécies) torna irregistrável o titulo do estabelecimento ou insígnia. Se, a despeito disso, se fez o registro, o interessado tem de desconstituir, antes, o registro, no prazo preclusivo de cinco anos *(ads.* 156 e 157).

(c) O nome (individual) distingue-se, então, da marca de indústria e comércio, cujo uso exclusivo depende do registro (art. 88). A marca que contém o nome ou o patronímico de outrem éirregistrável, salvo se houve permissão (a regra jurídica da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 124, XV, foi escrita similarmente no Decreto-Lei, nº 7.903, art. 95, 9ª: "o nome civil e patronímico e a efígie, sem o expresso consentimento do titular ou seus sucessores diretos"), bem assim a que contém pseudonome (sob a Lei nº 9.279, art. 124, XVI, que alude ainda a "apelido notorial conhecido" e a

"nome artístico singular ou coletivo"). Não há transferência do direito ao nome, ou do uso do nome; o que se concede é o uso do nome, sem ser para designar outra pessoa: o uso, que dele se faz, alude, exatamente, ao portador do nome.

5. *Nome das pessoas jurídicas.* O nome das sociedades e das fundações é nome, no sentido em que empregamos a expressão "nome", distinguindo-se do nome individual (= das pessoas físicas) e do nome comercial dessas. Mas, enquanto a mesma pessoa física tem o nome (individual) e a firma (nome comercial), as pessoas jurídicas só têm um nome, que é civil, ou comercial, conforme são elas de direito civil, ou comercial. Segundo o Código Civil, *nome* é o nome das pessoas físicas, ou o nome das pessoas jurídicas. A tutela jurídica do nome das pessoas jurídicas de direito comercial e de direito civil é a mesma (já o estatuia o Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, art. 104, parágrafo único: "Equiparase ao nome comercial, para todos os efeitos da proteção que lhe dispensa este Código, a denominação das sociedades civis ou das fundações"). Tal tutela não exclui a que resulta de se tratar de direito de personalidade, quer para as sociedades comerciais, quer para as sociedades civis e as fundações.

O que se disse sobre pessoas juridicas de direito privado também se

entende quanto às pessoas de direito público.

Todavia, pode haver municipios homônimos, pois a situação geográfica deles os distingue, como o sobrenome distingue as pessoas físicas que têm o mesmo prenome.

§ 741. Aquisição do nome

1. *Prenome.* O prenome adquire-se pela imposição por outrem (dação pelo pai, ou pela mãe, ou pelo apresentante, ou pelo juiz), ou pela própria pessoa; ou por lei (efeito de negócio jurídico: casamento, adoção, reconhecimento; ou dação, em caso de exposto). A *impositio nominis* é ato de escolha entre nomes, para que, dentro da classe do sobrenome, se distinga o ente humano; é ato-fato, que entra no mundo jurídico com o registro. O registro não é, aí, declaratório (sem razão, Friedrich Hahne, *Das Narnenrecht,* 38 s.); é constitutivo (cf. J. V. Staudinger, Namenrecht, *Seufferts Blâtter,* 62, 162; Th. Olshausen, *Das Verhàltnis des Namenrechts zum Firmenrecht,* 28; O. Opet, *Das VerwandtschaJtsrecbt,* 195).

Todavia, o dizer-se que o registro é constitutivo, com eficácia *ex tunc,* não exaure o problema da classificação da *impositio nominis* como fato juridico: a imposição é ato-fato, cujo acontecimento nem sempre se sabe quando foi; o registro é feito diante de declaração de conhecimento, que não é negócio juridico, nem ato jurídico *stricto sensu:* as qualidades do declarante são pressupostos *formais* do registro.

2. *Sobrenome.* O sobrenome da pessoa é o dos pais, ou, se não se sabe quais são, o de alguém, que o permitiu. A mulher casada pode acrescer aos seus os apelidos do marido (art. 240, parágrafo único); condenada na ação de separação judicial, perde o direito ao sobrenome (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 17, pr); idem, quando é dela a iniciativa da extinção da sociedade conjugal com fundamento na Lei nº 6.515, art. 5Q, §§ 1ª e 2ª. Na ação de conversão da separação judicial em divórcio (Lei nº 6.515, art. 35), diz o art. 25, parágrafo único, "a sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair

matrimônio, só conservando o nome de familia do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar: 1 — evidente prejuízo para a sua identificação; II —

manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos ilhos havidos da união dissolvida; III — dano grave reconhecido em decisão judicial". Tal direito é *privado:* o marido, e somente ele, pode demandá-la, se usa o nome de solteira, ou outro. As ações dele são a ação declarativa e a ação condenatória, para que use o prenome; inclusive como ação cominatória (Código de Processo Civil, art. 287). No pacto antenupcial pode-se não incluir a adesão do sobrenome marital à mulher, no *interesse dessa,* em face da alteração introduzida no Código Civil, art. 240, pela Lei nº 6.515, de 26

de dezembro de 1977, art. 50, 5). Na sistemática anterior, a regra jurídica do art. 240 era de direito cogente, quanto ao direito da mulher, irrenunciável; o dever da mulher resultava de se ter deixado de inserir a cláusula da não-adesão do sobrenome, ou de, a despeito da exclusão pactícia, ter a mulher começado de usar. A exclusão não dava à mulher a pretensão a que se lhe pusesse o nome de solteira nos atos da vida social *(e.g.,* "O senhor e a senhora AB convidam).

Aí, é o casal que convidava e seria difícil haver interesse da mulher na explicitude do sobrenome de solteira. Se excepcionalmente, *in casu,* tal interesse ocorresse, como se o marido e a pintora C, casada com AB, convidavam para recepção, a solução era convidarem com a dupla denominação da mulher: "O senhor AB e a senhora AB (C) convidam." Pela cogência da regra jurídica do art. 240, ainda para a mulher, Th. Engelmann *(J. v. Staudingers Kommentar,* IV, *1,* 155; O. Opet, *Das Familienrecht,* 98).

O

pai não tem contra o filho a ação correspondente à do marido contra a mulher para condená-la a usar o seu nome de família, ainda que se ache ele sob o pátrio poder. Pode, apenas, pessoalmente, exigir-lhe que o use: o pátrio poder é exercido de pessoa a pessoa; mas a pretensão para que o filho use o nome de família do pai é desprovida de ação.

Todavia, tem o pai a ação declarativa positiva, se o filho entende que não é de seu dever usá-lo, como o filho tem a ação declarativa negativa, se o pai lhe nega o direito ao nome.

Quando a mulher, com a separação judicial, ou o divórcio, conserva o direito de usar o sobrenome do marido, entende-se que pode renunciar a esse direito de agregação, levando a renúncia aos registros civis. Se fora casada antes e falecera o marido, a perda do direito ao sobrenome do segundo marido não lhe dá direito a voltar a usar o nome do marido anterior (A. von Tuhr, *Der Aliqemeine Teil* 1, 441). Se, durante a sociedade conjugal, a mulher usa o nome de solteira, com isso não perde o direito ao sobrenome do marido.

3. Adoção *e sobrenome.* Com a adoção prevista no Código Civil, ads. 368-376 e 378, o adotado pode assumir, ou não, o sobrenome do adotante, ou do casal, que o adotou. No negócio jurídico da adoção pode ser excluído que o adotado agregue ao sobrenome, que tinha, o sobrenome do adotante ou do casal que adotou. Se usou os dois, não pode mudar (sem razão, G. Planck, *Kommentar,* IV, 632; H. Ramdohr, Das Rechi zum Gebrauch eines Namens, *Gruchots Beitràge,* 43, 37; com razão, Oedel, Der Familienname des Adotivkindes, *Zentralblatt fúr freiwillige Gerichtsbarkeit,* VI, 858).

Também é admissível estipular-se que tenha o dever de usar o nome da sua família (W. von Blume, *Das Familienrecht,* 680; H. Ramdohr, 43, 38; Oertel, *Zentralblat,* VI, 850; contra G. Planck, IV, 632; e O. Opet, Das Namenrecht, *Archiu fúr die civilistische Praxis,* 87, 338). Se a mulher casada, sozinha, adota, o sobrenome do adotado é o da mulher quando solteira.

A adoção em que só se quis o efeito da aquisição do sobrenome, é nula, por infração dos arts. 145,11, e 375. Viu aí A.

von Tuhr *(Der Aligemeine Teu,* 1, 441, nota 2, 564, nota 56) excepcional caso de simulação (cf. L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 225); simulação e ilicitude, Hans CarI Nipperdey (na 39ª ed., nota 10 ao § 93). Não há simulação nenhuma: ou a restrição àeficácia aparece no negócio jurídico da adoção, o que torna juridicamente impossível o seu conteúdo; ou não aparece, e, a despeito da reserva mental, todos os efeitos da adoção se produzem.

4. *Reconhecimento de filho e sobrenome.* O reconhecimento do filho pela mãe dá-lhe o seu apelido; pelos pais, o de ambos, ou só o do pai, ou só o da mãe, posto que devam constar do assentamento os nomes de

ambos os genitores e dos respectivos avós, como se o reconhecimento é feito no registro de nascimento com o comparecimento pessoal dos genitores, ou por intermédio de procurador com poderes específicos, ao Registro Civil de Pessoas Naturais, para o assento (Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. lt 1); pelo pai somente, o desse. Sob o direito anterior, se a criança era *incestuosa,* omitia-se o nome de um dos pais no registro, dizendo-se desconhecido: somente figurava o genitor que apresentou, ou que autorizou a apresentação, ou que se sabia ser (e.g., a mãe morreu no hospital). Se houvesse casamento, o nome era de acordo com as regras comuns, *salvo* se passava em julgado sentença que tivesse decretado a nulidade do casamento por incestuosidade. Se havia tal sentença, o nome era o do genitor que estava de boa-fé, ou o do pai, se o casamento foi declarado putativo para ambos, ou o da mãe, se não o foi a favor de um, nem do outro. A criança *adulterina* tinha o nome de solteira da mãe, se foi a apresentante ao registro, ocultando o nome do pai; ou o do pai, se foi ele, ou alguém por ele, ocultando o nome da mae. Se havia sentença trânsita em julgado, de modo que se conhecessem os pais, o sobrenome era segundo as regras comuns. O casamento posterior apenas legitimava (art. 353); a situação, quanto ao nome, já se havia estabelecido. Tais enunciados perderam a *ratio essendi,* uma vez que sob a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

§ 742. Direito a ter nome e direito de nome (direito ao nome)

1. *Seres humanos e direito ao nome.* Cada ser humano tem *direito a ter nome:* é direito de personalidade, anterior, logicamente, ao *direito ao nome,* que já tem. Se alguém, com direito de imposição do nome, não lho deu, não lho impôs, observando o direito público (registro de nascimento) a respeito, a pessoa mesma, que é pessoa antes de ter nome, pode escolhê-lo, e registrar-se com ele.

2. *Escolha e auto-imposição do nome.* A escolha ou auto-imposição do nome pode ser ao completar o menor dezesseis anos. Antes é absolutamente incapaz. A escolha do nome por ele mesmo seria puramente fática, de modo que, se o que tem o direito de imposição

atende ao menor, na sua preferência, faz dessa escolha conteúdo da sua. Não há auto-imposição. Essa só se dá aos dezesseis anos, devendo-se entender que há de ser consultado o que deixou de ser absolutamente incapaz. Se não o foi e não anuiu na imposição, o registro não foi feito pela pessoa que o podia fazer, e é *ineficaz,* tendo o oficial de registro de fazer a retificação, diante da decisão do juiz, que examinou o caso.

Na Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 50, § 2ª, estatui-se que "os menores de vinte e um anos e maiores de dezoito anos poderão, pessoalmente e isentos de multa, requerer o registro de seu nascimento", se ainda não estão registrados. Não se deve concluir que os menores de dezoito anos não no possam requerer, ainda sem a assistência devida (titular do pátrio poder ou tutor): o art. 50, § 2ª, da Lei nº 6.015 não dilatou o tempo de incapacidade, nem no podia fazer; apenas explicitou que há, em tal caso, isenção de multa e está excluida a procuração para esse fim *(verbo*

"pessoalmente"). Aliás, cf. art. 56 da Lei nº 6.015.

§ 743. Direito ao nome e dever de ter e conservar o nome

1. *Direito e dever de ter nome; princípio da imutabilidade.* Há direito ao nome e dever de ter nome e de não mudá-lo.

No *Esbôço de um Dicionário Jurídico,* II, *verbo* "Nome", Joaquim J. C. Pereira e Sousa escreveu que "a ordem pública exige que cada um conserve o seu nome". A expressão é demasiado fode: o que há é o princípio *da imutabilidade,* salvo nos casos que a lei mesma o excetua; mas tal princípio não se impõe à justiça a respeito de nomes regidos por leis estrangeiras.

O nome, em si, é imposição à pessoa; com efeitos, que alguns juristas consideram de direito privado, e só efeitos reflexos publicísticos, ou vice-versa; sem razão: a personalidade humana nasce, simultaneamente, em todos os ramos em que se dê a alguém a possibilidade de ter direitos e deveres. Não é eficácia que se circunscreva a um só Estado, ou, *a fortiori,* a um só ramo do direito, o civil. O direito civil é apenas o ramo mais adequado para se referir o

legislador à identidade pessoal pelo nome. O direito ao nome emana da personalidade. Na tutela da identidade pessoal, tem o direito de regrar a aquisição e o uso do nome.

A princípio, negou-se a existência de direito ao nome (K. Eined, *Erãrterungen,* 99 e 109 5.; R. von Jhering, Rechtsschutz, *Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* 23, 321, que reputava assunto administrativo e policial o do nome). Depois, acentuaram a sua existência, privatística, Karl Gareis (Das juristische Wesen der Autorrechte, *Buschs Archiu,* 35, 197), J. Kohler *(Das Recht des Markenschutzes,* 6 e 37 s.), O. Fischer (Der Rechtsschutz des Namens, *Archiv fOr Búrgerliches Recht,* VI, 308) e A. Sttickelberg *(Der Privatname,* 31 e 38), mas, principalmente, O. von Gierke *(Deutsches Privatrecht,* 1, 721, e *Der Entwurf,* 85, onde proclamou ter-se tornado "postulado da nossa consciência jurídica moderna" a afirmação da existência do direito ao nome). No Brasil, representou a corrente negativista, regressiva, que tentara desconhecer a própria existência do direito ao nome, Clovis Bevilacqua *(Teoria Geral do Direito Civil,* 69), sob a dupla influência de M. Planiol e de R. von Jhering (1885). Quanto ao nome comercial, reputava-o direito de propriedade intelectual.

2. *Natureza do direito ao nome.* Na explicação do que é o direito ao nome, lançou-se o olhar para o direito de propriedade: haveria direito à propriedade do nome. Em verdade, ambos são direitos absolutos; mas nada há de propriedade no direito ao nome. Também se recorreu ao direito sobre bens incorpóreos, tal como o direito de autor (P.

Eltzbacher, *Die Handlungsfóhiqkeit,* 1, 306 5.; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 148 e 444). Em verdade, o direito ao nome é atribuído à pessoa, — a possibilidade de ser sujeito de direitos e deveres exige que se adote e se tenha direito ao nome. Se esse direito implica o uso exclusivo, ou se apenas dá pretensão e ação a não ser lesado por nome igual, depende do sistema jurídico. A respeito dele também há de haver isonomia ou igualdade perante a lei.

Em torno do direito ao nome, esgrimiram-se, em verdade, os juristas. De algumas das teorias, senão de todas (L. Mitteis, *Zur Kenntnis des literarischartistischen Urheberrechts,* 10), o valor era relativo; mas de outras só se pode dizer que concorreram para a pureza e a unidade da arquitetura científica (R. Haab, *Beitrage,* 61). *a) A teoria do monopólio* que vê nos nomes bens adéspotas, sobre os quais os que os tomam adquirem monopólio (O. Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 260, 715 e

757; J. Kohler, *Handbuch,* 80), revela que ainda se estava no começo das pesquisas e dos estudos, quer se pensasse em direito conferido, regalianamente ou não, quer se pensasse em direito natural (O. Gierke, J. Kohler; contra, E. Roguin, *La Rêgle de droit,* 254; e H. Lansel, *Le Nom en droit civil,* 67 e 81: "Nous le rangerons parmi les monopoles ou priviléges"; cf. K. Râger, *Zwangsrechte,* 130 e 150). *b)* As *teorias da família e do direito de* status, que J; Kohler *(Recht des Markensch u tzes,* 10) ferreteou como inconsciente manifestação de animismo, tentaram ver na criança continuação dos pais, em vez de verem o nome de família como elemento classificatório (H. Ramdohr, Das Recht zum Gebrauche eines Namens, *Gruchots Beitràge,* 43, 27). Não se levariam em conta os nomes que, em alguns povos, não têm o elemento familial ou gentílico; nem a função identificadora do pseudônimo, que é nome. A teoria do *status* é teoria da família, porque é teoria do *status Iam iliae* (cf. Zacharia-Crome, *Handbuch,* III, 8ª ed., 445). Com essa opinião, que é a de ser o direito ao nome simples direito de família, pois que se adquire e se perde devido a laços familiais *(Motive,* IV, 712 e 1.005), — generaliza-se fato, que concerne ao casamento (aliás só ao sobrenome), e desconhece-se o de haver nome e direito ao nome, independente de toda a ligação com a família, como é o caso do exposto (cedo, G.

Cohn, *Neue Rechtsgúter,* 14). Demais, os processos podem ser entre pessoas da mesma família, para a tutela da identidade pessoal. *c)* A *teoria da propriedade,* que é a mais velha, sofreu, cedo, as mais fortes criticas. Já Labbé havia notado que os sustentadores da concepção do direito ao nome como direito de propriedade acrescentavam tratar-se de propriedade *sui generis:* "Du moment que le mot de propriété n"a plus ici sa signification ordinaire, nous avons ici une figure de langage, et non la base d"un raisonnement juridique." Depois, Maunoury e H. Salveton frisaram a imprestabilidade desse conceito, equívoco, de propriedade *sui* generis; e P. Sudre colocou-o entre os *idola fori.* Por outro lado, M. Planiol reduziu o nome a "número de matrícula": dever, não direito. Teoria cética, porém mais superficial do que cética. Repetição, no fundo, do "meio de ordem" do tribuno Challan. O nome não é isso só. Mistura-se com os atos da vida~ acompanha-os e é acompanhado por eles. O bem e o mal, o bom e mau da vida gravam-se nele; e ele mesmo se grava na vida. Alguns nomes ressoam aos ouvidos, estendem-se diante dos olhos e enchem decênios, séculos e séculos. Alguns deles servem para distinguir civilizações e eras (Jesus Cristo, Galileu). Foi atendendo a que o nome se enriquece de personalidade e de vida, que disse Goethe, no *Wilhelm Meister* (III, 13): "O nome continua sempre o mais belo e mais vivo representante da pessoa." Apesar da divergência de P. Sudre *(Le Droit*

au nom, 94), IR. Saleilles (Le Droit au nom individuel, *Revue critique,* 1900, 96), E. Perreau (De 1"incessibilité du nom civil, *Revue critique,* 1900, 549, nota 1) e outros juristas, a jurisprudência francesa continuou a afirmação da natureza de direito real. Na Alemanha, T. D. Wiarda *((ter deu tsche Vornamen und Geschlechtsnamen,* 205) foi exceção; E. 1. Bekker (Zur Reform des Besitzrechts, *Jherinqs Jahrbúcher,* 30, 375 s.) pensou em "posse de nome *(Besitz am Namen).* Para H. Salveton *(Le* Nom *en droit romain et en droit français,* 297 s.), direito ao nome é *droit de propriété;* para J. Laílier *(De la Propriété des Noms et des Titres,* passim), *propriété individueile. d)* A *teoria da propriedade espiritual* tem suas raizes em escrito do retórico Arnobius, do século III *(nominis vindicatio, de nominis possessione certantes, de nominis possessione rixantes;* cf. G. Cohn, *Neue Rechtsgúter,* 13). Teve seus sustentadores em T. D. Wiarda *(Ober deutsche Vornamen und Geschlechtsnamen,* 205 s.) e H. Salveton *(Le Nom en droit ramain et en droit français,* 304 s.), que chegou a conceber compropriedade coletiva, entre irmãos, do nome do pai e quejandas analogias. No fundo, já era qualificar de espiritual, em vez de *sui generis,* como fez Covelle *(Essai sur (e* Noni, 71). *e)* A *teoria do direito sobre bem imaterial* nasceu da teoria da propriedade espiritual e apenas abstraiu do conceito de propriedade. Haveria direitos, que estariam no direito das coisas, sem serem de propriedade: o direito sobre bem imaterial é absoluto e consiste em relação semelhante à que se encontra à base do direito de propriedade (Stobbe-Lehmann, *Handbuch,* III, 3ª ed., 3 e 51 5.; G. Mandry, *Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze,* 574 s.; IR. von Jhering, Rechtsschutz, *Jahrbúcher fOr die Dogrnatik,* 23, 311; E. 1. Bekker, *System,* 1, 63). De ordinário, misturaram nomes e marcas ou insígnias, o que perturbou a investigação científica. fl A *teoria do direito individual,* ou *de personalidade,* o que melhor diz o que se pretende exprimir, apresentou-se sob duas concepções diferentes: a do direito geral de personalidade (O. Gierke, *Deutsches Priuatrecht,* 702 s.) e a dos direitos separados de personalidade. A critica àquela serve à critica à teoria do direito de personalidade abrangente do nome. Afastado isso, assistiu-se àaceitação da teoria como a única teoria científica e incluiu-se, na sistemática do direito (não só civil), o direito ao nome como direito de personalidade (ainda embrionariamente, assim, IR. Hermann, Uber das Recht der Namensfúhrung und der Namensãnderung, *Archiu fOr die ciuilistische Praxis,* 45, 339; J. Kohler, *Das Autorrecht,* 257, *Das Recht des Markenschutzes,* 5 s. e 15, Das Individualrecht ais Namenrecht, *Archiu fOr Búrgerliches Recht,* V, 77, em E. v. Holtzendorff, *Enzyklopàdie,* V, 587; F. Regelsberger, *Pandekten, 1,* 197; cf. O. Fischer, Der Rechtsschutz des Namens, *Archiu,* VI, 310; J. v. Staudinger, Namensrecht, *Blàtter fOr Rechtsanwendung,* 62, 186). No Brasil, o Tribunal de Justiça de São

Paulo, a 2 de janeiro de 1908 *(SPJ* 18/393) negou manutenção de posse do nome, por se não tratar de propriedade.

3. *Direito ao nome e interesse individual; direito público.* Ligado à personalidade, o direito ao nome é independente do interesse econômico; é direito individual, autônomo. A Constituição de 1988, art. 5º, XXIX, que assegurou "aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País", tinha, coerentemente, de assegurar o nome individual, posto que não precisasse dizê-lo explicitamente: o direito ao nome, direito de personalidade, é um dos direitos que se incluem no art. 5º, § 2ª ("Os direitos e garantia expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.").

Quanto à natureza do direito ao nome, além dos que somente viam no nome número de ordem, ou meio de indicar, de modo que a ofensa apenas pertenceria à polícia *(e.g.,* K. Einert, *Erôrterungen,* 118 s.), ou apenas ao direito administrativo (1-1. Róssler, *Das soziale Verwaltunqsrecht,* 81 s.), há os que o têm como direito privado, de propriedade, aqueles que — e IR. Hermann (Uber das Recht der Namensffihrung und Namensànderung, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 45, 153 s.) foi o primeiro — o têm como direito privado ligado à pessoa (não precisamente direito de personalidade) e os que o têm como direito público geral. Em verdade, o ter-se o direito ao nome como privatístico é ilusão de óptica dos civilistas e daqueles que, de dentro do direito público, pensam terem os direitos a natureza daqueles ramos do sistema juridico em que mais longa ou mais ruidosamente se discutiu a sua existência. O direito ao nome, como os demais direitos de personalidade, são ubíquos: tanto pertencem ao direito privado quanto ao público, inclusive ao direito das gentes. Assim, o direito ao nome, por ser direito de personalidade, é de direito público e de direito privado, em qualquer dos seus ramos. A discussão sobre ser de direito privado ou de direito público é ociosa: não há a questão; pertence a ambos. Já o direito comum havia deixado ver-se, claramente, o caráter também privatistico do direito ao nome. A inserção de regras jurídicas a respeito do direito ao nome, nas legislações civis, ou a jurisprudência civil concernente a ele não pode

ser interpretada como resposta àquela falsa questão; e sim como explicitação de existir a regra jurídica, que ora se escreve, ora não precisa escrever-se, e da sua incidência resultar direito privado subjetivo.

Houve quem visse no direito ao nome direito sem objeto, fantasia em que se repetiu a aventura dos direitos sem sujeito.

Assim, H. Ramdohr (Das Recht zum Gebrauche eines Namens, *Gruchots Beitrôge,* 43, 1 s.). Nome, para ele, não poderia ser objeto de direito, nem sujeito do direito ao nome: nome é sinal; assinala sujeitos de direito. Mas tal argumentação esquece que a negação e a ofensa ao nome lesam; portanto, há, pelo menos, interesse (tático) que se lesa, e aos sistemas juridicos cabe dizer se e com que pressupostos são de tutelar-se os interesses. O nome é objeto de direito de personalidade, quando tem função de identificar, e direito de segundo plano (não de personalidade), quando tem função de concorrer para identificação ou fama de alguma coisa. Outrossim, quem dá o nome de outra pessoa, ABC, ao cão não ofende o direito ao nome, — ofende a pessoa, que tem o nome de ABC.

4. *Direito* ao nome, *direito* absoluto. (a) O direito ao nome édireito absoluto. Daí vem, como das mais relevantes consequencias, que se defende o direito ao nome contra uso ilicito por parte de terceiro, pela ação de abstenção, à semelhança (não identicamente) das ações negatórias, que se irradiam dos direitos reais. A ação de abstenção é comum.

(b) O direito ao nome é direito de personalidade. Se fosse direito de propriedade, a negação dele só daria a ação declaratória positiva, e a octio *negatoria* seria a própria, mas evidentemente inajustável. (c) O direito ao nome é irrenunciável, como o direito a ter nome. Ainda que, devido a atos de outrem, o nome esteja seriamente manchado, ou que o seu titular esteja convicto de que lhe faz mal ou causa danos, não pode renunciar a ele. A irrenunciabilidade não é atingida pelo fato de alguém permitir a outrem o uso do seu nome (sem razão, por engano, A. Manes, Das *Pseu* donym *und* sem *Recht,* 42 s.). O direito ao nome é intransmissível. A mulher que, com o casamento, pode acrescer ao seu o sobrenome marital, bem assim os filhos que o adquirem, fazem-no por direito próprio; inclusive o filho adotivo (A.

Weber, Dogmatik *des Namensrechts,* 35), que tem os mesmos direitos

— portanto, ao nome também — que têm os outros filhos, havidos ou não da relação de casamento. Tampouco, é possível usucapi-lo, ou ocupálo. Não há contra ele qualquer prescrição. Se há, apenas, negação do direito ao nome, por palavra, ou por atos *(e.g.,* arrancar-se a placa da porta, mandar-se convite a AB, como se não pudesse usar ABC, e sim AB, prenome e apelido de mãe, ou a AB, nome de solteira da senhora, por parecer que não tem o direito ao nome do marido de quem se separou, ou está separada judicialmente, ou divorciada), a ação seria só a de declaração, se o nome, em si mesmo, como direito de personalidade, não tivesse de ser protegido. *(d)* O direito ao nome tem dois conteúdos, um positivo, o uso do nome, e outro negativo, a exclusão do uso pelo outro, algo com kis utendi e *ius arcendi.* Já assim, E. 1. Bekker (Zur Reform des Besitzrechts, Jherings *Jahrbúcher,* 30, 357) e O. Gierke *(Deutsches Privatrecht,* 1, 721).

5. *Pessoas* físicas, *pessoas jurídicas e* direito ao nome. O direito ao nome das pessoas físicas é direito de personalidade; o direito ao nome comercial é direito de personalidade a nome especial. A pessoa jurídica tem direito ao nome, ligado à personalidade jurídica; de modo que só existe aquele porque a lei conferiu essa. A diferença, em relação ao nome das pessoas físicas, é relevante. Tem-se de saber qual a natureza do direito ao nome comercial, tratando-se de pessoa física.

Se fôssemos interpretar à risca o que o Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, tinha estatuído no art. Ç (“A 3

proteção da propriedade industrial se efetua mediante: *b)* a concessão de registros de: ... nomes comerciais”), a resposta seria imediata: o nome comercial seria propriedade; e esta-damos com a jurisprudência francesa, contra, aliás, a própria doutrina francesa, Mas longe vai o tempo em que havia confusão entre nome comercial e nome de estabelecimento comercial.

6. *Intransferibilidade do direito* ao nome. O direito ao nome éinalienável; nenhuma transferência do uso, ou autorização para usar do nome, seria de admitir-se. Todavia, pode haver e valer a promessa de não cobrar indenização pelo uso do mesmo nome por pessoa que o tenha igual. Não se herda, nem se adquire por negócio juridico, ainda por testamento, o direito ao nome. *A fortiori,* não se adquire por usucapião, nem preclui o direito, nem prescrevem as ações que se liguem ao direito ao nome, em si mesmo. O filho adquire o direito ao nome, por si; e não por sucessão. A mulher que, casando-se, pode

acrescer aos seus os apelidos do marido, adquire-o pelo fato juridico do casamento.

O

direito ao nome não pode ser transferido por negócio jurídico, seja entre vivos seja a causa de morte. A aquisição pelo reconhecimento da filiação pelo pai, ou pela mãe, ou pelo casamento subsequente, é aquisição *ipso* fure.

De modo que não se pode dizer, como faz A. von Tuhr *(Der Aligerneine TeU,* 1, 446), que se trate de exceção ao principio da intransferibilidade do nome. Discute-se quanto à sorte do pacto pelo qual se permite a alguém o uso do nome. As atitudes dos juristas foram discordantes: o) E. Zitelmann (Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiu 4W die civilistische Proxis,* 99, 68) negou qualquer efeito ao negócio jurídico de permissão de nome *(* = intransferibilidade do direito e do exercício), de jeito que nenhum direito, nenhuma pretensão, ação, ou exceção pode exsurgir da permissão; *b)* K. Cosack *(Lehrbuch,* 1, 6ª cd., 95) e R Oertmann *(Aligemeiner TeU,* 42) entendiam que apenas seria revogável a declaração de vontade, tivesse sido a título gratuito, ou a titulo lucrativo, a permissão; com a diferença de só ser revogável, a juízo de P. Oertmann, *ex justa causa; c)* O. Opet (Das Namenrecht, *Archiu fúr die ciuilistische Praxis,* 87, 361 sã, Th. Olshausen (Dos *Verhàltnis* des *Namenrecht zum Firmenrecht,* 55 sã, L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 3O∼-34ª

ed., 224) e A. von Tuhr *(Der Allgemeine TeU,* 1, 244) admitiam exceção do que obteve, a título gratuito, ou a titulo oneroso, a permissão, — seria exceção peremptória contra a pretensão de abstenção do que permitiu, não-existente contra as outras pessoas, que têm o mesmo nome e não acordaram com a permissão. Essa escapatória da exceção vem já de longa data (A. Anschútz e von Võlderndorf, Komnientcr, 2ª ed., de Ph. AlIfeId, 174; O. Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 721; J. Lailier, *De lo Propriété des* Noms *et des Titres,* 228). Cp. Decreto nº 5.318, de 29 de fevereiro de 1940.

A transferência do nome, ou a permissão de usas não entra no mundo jurídico. Seria como o negócio jurídico, ou a cláusula, que submetesse a restrições a liberdade física, ou a de pensamenlo, ou qualquer direito de personalidade.

Razão tinha, pois, E. Zitelmann, que acentuou a ineficácia do negócio

jurídico. Restaria discutir-se se o suporte fático não entraria no mundo jurídico, ou se entraria nulamente. Pensou ele na analogia com o direito de sócio (99, 69 sã, mas desacertadamente, porque a regra jurídica sobre intransmissibilidade do direito de sócio é *dispositíua.* A analogia é com as regras jurídicas sobre a intransmissibilidade dos outros direitos de personalidade. Portanto, não há nulidade, mas, decisivamente, inexistência.

7. Deveres de ter e de conservar nome. O dever de ter e conservar nome á dever de todos. Ninguém se pode recusar a dar nome aos seus filhos, nem a pessoa, que não foi registrada, pode entender que lhe é licito usar qualquer um, como pretendera estabelecer certo decreto da Convenção francesa (23 de agosto de 1794). O Estado, verificada a inexistência do assentamento de nascimento da criança ou do adolescente, providenciará mediante requisição da autoridade judiciária para que ele seja feito com absoluta prioridade à vista dos elementos disponíveis, sem multas custas e emolumentos (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art.

102, *§§ 1º* e 2º); através dos seus árgãos junto à Justiça, se não incide a regra jurídica da Lei nº 8.069, art. 102, *§* 1ª, pode pedir preceito cominatório (Código de Processo Civil, art. 287, e.gj, para que a pessoa que deve dar nome a outrem, ou que há de registrar-se, o faça.

O

dever de ter e conservar o nome não implica que se haja de usá-lo por inteiro, salvo nos livros e atos submetidos ao direito público, em que isso for estabelecido, ainda que em regra jurídica não-escrita. São possíveis, segundo os assuntos e atos de que se trata, abreviações eliminatórias de parte *(* = encurtamentos), ou por iniciais, ou sílabas. Sempre que algum oficial público saiba que o nome não está por inteiro, deve deixar de assinar, salvo se, na espécie, é permitida a abreviação do nome.

Quanto aos instrumentos particulares, posto que o art. 135 fale de ser feito "e assinado", ou "somente assinado", há-se de entender que basta o nome abreviado, se por ele se identifica a pessoa. Outrossim, é inoperante, se não prejudica a função identificativa, o erro no nome (Eugen Josef, Die Unterzeichnung, *Archiu for die civilistische Praxis,*

100, 439).

Quanto á ortografia oficial, para salvaguardar direitos individuais, quem o quiser manterá em sua assinatura a forma consuetudinária.

§ 744. Função identificatíva do nome

1. *Nome e duração.* A função identificativa do nome não implica que o nome seja, em si, imutável e inalterável.

Noutros termos: não há principio a priori da imutabilidade do nome (prenome, sobrenome). Nada obstaria a que A se chamasse até 1940 André, de 1940 a 1950 Geraldo. A publicidade de tal mudança seria outro problema de técnica legislativa. Nem a que se chamasse André Soares de Sã até 1940 e Geraldo Sá Soares, ou Geraldo Soares, ou Sousa, até 1950. O direito romano adotava o *principio da mutabilidade.* Na L. 4, pr, D., *de* legatis etfideicommissis, 30, Ulpiano, depois de falar da aderência dos nomes ás coisas (vestido é vestido; âmbar é âmbar), enunciou: "Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia" (Porque os nomes das coisas são imutáveis, os dos homens mudáveis). Os nomes das coisas são de origem fisiológico-histórica; os dos homens, não: são esses, pelo menos em parte, de escolha. Na L.

única, C., *de mutatione* nominis, 9, 25, que é do fim do século III, foi dito: "Assim como, de início, é livre para os particulares *(privatim)* a imposição de nome, cognome e nome, para se reconhecer a cada um, também não é perigosa a mudança deles, sem dano *(innocentibus)*. Assim também, em direito, é li cito mudares nome, sem fraude, ou prenome, se és livre." Se prejuizo (dano) futuro resultasse da mudança, não seria lícito (secundum *ea quae saepe statuta sunt minime* prohiberis, *nuili ex hoc praeiudicio futuro)*. O nome de outrem não está excluido; nem sempre causaria prejuízo futuro a pluralidade. A fraude teria de ser alegada e provada. Se no outro nome havia interesse relativo *(e. g.,* pertencia a alguém de valor, ou posição social), cabia a *acho iniuriarum* (R. von Jhering, Rechtsschutz gegen injuriáse Rechtsverletzungen, *JahrbrJcher fOr die Dogmatik,* 23, 321 s., que ai apenas via ofensa à fama). Não nos convence que o nome em si não fosse protegido ao ter de se exigir a danosidade do uso. A propriedade não é sem proteção porque so nascem ações se há dano ao proprietário. O direito romano perrnitia que se adotasse o próprio nome do testador, ou do decujo, em geral. Todavia, a despeito do dano, não se tinha ação para mudar o nome de alguém.

O

direito comum manteve o princípio da mutabilidade, salvo se a mudança causava dano. Aos poucos, a experiência mostrou que não só o designado tinha interesse na identificação pessoal. Em alguns países surgiu a licença, ou carta de dispensa, ou permissão estatal, para a mudança. Finalmente, assentou-se o *princípio da imutabilidade do nome.*

2. *Princípio da dejinitividade* do *prenome.* Prenome, vimos, é a palavra com que se individualiza, dentro de classe (família, grupo de expostos), a pessoa. Sem a indicação da classe, é insuficiente para individualização; *e.g.,* João, Manuel, Francisco. O sistema jurídico brasileiro, por tradição inexcetuada, repeliu a mudança do prenome: na regra jurídica do Decreto nº 4.857, do Decreto nº 5.318 e bem assim da Lei nº 6.015, antes da alteração introduzida pela Lei nº

9.708, de 18 de novembro de 1998 ("O prenome será imutável") apenas se escreveu princípio que se achava no sistema jurídico, — o *princípio da imutabilidade do prenome.* Prenome dado, prenome imutável. Com a Lei nº 9.708, modificou-se a sistemática, e ao *princípio da imutabilidade do prenome* sucedeu o *princípio da dejinitividade do prenome.* A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 58, diz: "O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. E acrescenta no parágrafo único: "A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público." O sistema jurídico alude a outras hipóteses de mutabilidade do prenome, como se passa com a própria Lei nº 6.015, art. 56 (verbo "alterar o nome sem prejuízo aos

"apelidos de família"), além da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 47, *§* 59 *(verbis* "modificação do prenome"), e da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, art. 114, pr. (verbis "mudança do prenome *').* Por mudança de prenome tem-se a alteração (Tomé, Tomás; João, John, Juan, Jean; Adamar, Adelmar, Ademar; Francisco José, Francisco Manuel; José Maria, José, José Mário). Não se entende ser mudança usar-se, em pais de língua diferente, a tradução do prenome: o registro é Juan; isso não impede que o Espanhol, ou o Argentino, domiciliado no Brasil, use a tradução do prenome. Se passou a usar „João Gutierrez", como firma registrada, ou nome profissional, pode pedir a *inscrição* (não se pode pensar em averbação se foi registrado

fora do Brasil). No Código Civil, art. 240, ao sobrenome chama-se "apelido"; na Lei nº

6.515, de 26 de dezembro de 1977, ads. 17, pr e § 2ª, e 25, parágrafo único, II, "nome".

O

prenome é definitivo. Cada pessoa tem direito de escolher o seu nome, se outrem não lho deu. Duas ou mais podem ter o mesmo. Como há homonimia, de prenomes e de sobrenomes, o problema da tutela juridica só se estabelece para a composição que estabeleça a homonímia integral (prenome + sobrenome). As alterações a que se refere a Lei nº

6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 110, são retificativas, e não a líbito.

3. *Sobrenome e alteração.* Nomeamos as pessoas, de regra, pela família (nome comum aos parentes) e pelo prenome, que se refere à pessoa dentro da família. O nome todo pode ser alterado, desde que não desapareça toda indicação de família. Disse a Lei nº 6.015, art. 56: "O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa." As regras jurídicas que ai se contêm são as seguintes: *a)* Pode-se alterar o nome entre os vinte e um e os vinte e dois anos, ou no ano que se seguiu ao da maioridade em virtude do art.

99, § 1ª, 1, independentemente de sentença constitutiva integrativa (Lei nº 2.375, de 21 de dezembro de 1954, art. l~), ou da sentença constitutiva do § 1ª, 2ª parte, e não do registro no Registro Civil de Pessoas Naturais (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 29, IV, 89, 1ª parte, 90, 1ª parte, e 91, parágrafo único), que é simples cumprimento da eficácia secundária de mandamento que tem a sentença, ou, em virtude do art. 92, § 1ª, do fato que produziu a suplementação *ipso iure* da idade (casamento, posse e exercício do emprego público efetivo, colação de grau cientifico em curso de ensino superior, estabelecimento civil ou comercial com economia separada). *14* O requerimento pode ser feito pelo próprio, ou por

procurador com poderes especiais, mencionado o nome que se quer. *c)* Na alteração hão de ser ressalvados os apelidos de família, ou o apelido, se só se adotara, ou se só se podia adotar um: o que o sistema jurídico exige é que pelo menos um nome de família se adote, se é possível. *d)* A eficácia jurídica da alteração começa com a *averbação. e)* Se o oficial do registro se recusa a admitir a alteração, tal como foi requerida, tem o dever de submeter o caso ao juiz, a que esteja subordinado, que decide em sentença mandamental constitutiva integrativa da declaração de vontade, ou em declarativa negativa, de que cabe o recurso previsto na legislação processual. F) As publicações pela imprensa são integrativas da sentença, de modo que a averbação só se deve dar após elas.

Também diz a Lei nº 6.015, art. 57: "Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa." Também aqui há declaração de vontade do interessado, porém o elemento integrativo sentencial é maior. Há de existir razão que justifique o pedido ao juiz, em *ação de alteração de nome,* sem o caráter de requerimento para registro. O registro será efeito mandamental imediato *(verbis* "arquivando-se o mandado"). o próprio juiz tem de dar os motivos da decisão *(uerbo* "motivadamente", cf. Código de Processo Civil, art. 458,11). Não há requerimento ao oficial do Registro Civil de Pessoas Naturais. Diante de provas, que mostrem ter passado mais de um ano após a maioridade, natural ou suplementada (art. *92* e *§* 1ª, l-V), cessa qualquer cognição administrativa pelo oficial do registro. Só o juiz pode conhecer e decidir. Em todo o caso, tendo-lhe subido algum requerimento, em que o interessado já tenha, ao tempo do requerimento ao oficial do registro, deixado correr o ano de que cogita a Lei nº 6.015, pode o juiz, ouvido o Ministério Público, o que é essencial, conhecer da ação como ação de alteração de nome e decidir A sentença é constitutiva integrativa mandamental; somente pode funcionar no processo e proferi-la o juiz a que estiver sujeito o registro. Ao trânsito em julgado seguem-se a publicação pela imprensa, a averbação e o arquivamento do mandado. A sentença, que recusa a alteração, é declarativa negativa: declara-se que não há a relação jurídica, de que resultaria o direito à alteração; e por isso se deixa de integrar a declaração de vontade, que envolveu comunicação de conhecimento (enunciados de fato).

Acrescenta a Lei nº 6.015: "Poderá, também ser averbado, *nos mesmos*

termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional." O pedido é ao juiz; há de ser ouvido o Ministério Público; a decisão tem de ser motivada, publica-se o conteúdo da decisão, procede-se àaverbação, e arquiva-se o mandado. O nome já existe, abreviado, como firma registrada, e a sentença apenas *importa (=* recebe), no plano civil, aquela eficácia, que resultou do registro; ou já existe como abreviação *usado* em atividade profissional (industrial, escultor, pintor, arquiteto, escritor, músico, funcionário público ou empregado). O efeito civil é o de excluir outro registro dó mesmo nome; portanto, o de produzir direito, pretensão e ação a favor do que obteve a averbação. A publicação, aqui e nos outros casos, é *vocatio in jus:* qualquer interessado pode vir a juízo e recorrer. O prazo para o Ministério Público, de cinco dias, é contado segundo as regras de direito processual comum.

Se o Ministério Público, em qualquer das espécies, impugna o pedido, ou se o faz, antes da decisão, qualquer interessado, observam-se as regras da Lei nº 6.015, art. 109, *§* 1ª.

§ 745. Direito de emprego, não-identificativo, do nome ou seus elementos componentes 1. *Funções secundárias, nõo-identificativas, do nome.* Além da função identificativa do nome, tem ele a função de atração, ou simpatia, ou prestígio. A sua função é, então, ligada à *fama,* e não à *identificação pessoal.* Foi por se não terem visto uma e outra, em suas diferenças, que os juristas ainda confundem o nome como objeto do direito ao nome, que é absoluto, de personalidade intransferível em si mesmo e no seu uso, e o nome objeto de direitos relativos, transferiveis, sujeitos a prescrição de pretensão. Desde que o nome não designa *outra* pessoa, não há cogitar-se de ofensa do direito ao nome. O nome comercial, individual, não pode ser diferente daquele de que é titular o comerciante.

A pessoa jurídica de direito público não poderia chamar-se pelo nome de pessoa física, *sem mais elementos diferenciais.*

As pessoas de direito público são inconfundíveis com as pessoas físicas, por ser explícita ou implícita a classe a que pertence (Washington, Estado Federado, e Washington, cidade; Delaware, Estado Federado Baltimore, cidade; Evereste, montanha; João Pessoa,

cidade; Lourenço Marques, cidade, Lourenço de Albuquerque, cidade, e outros antroponímicos).

2. *Emprego do nome em função não-identificativa.* O do nome em função não-identificativa, mas alusiva, ou ria, cabe ao titular do nome. Quem se chama ABC, e máquina, pode anunciar a máquina ABC, ou BC, ou C. D tem esse direito.

Porém esse direito não é direito de lidade. emprego secundáinventou Nenhum persona

§ 746. Ofensas ao direito ao nome

1. *Tutela jurídica do direito ao nome.* O direito ao nome e protegido autonomamente. Por isso mesmo, no suporte fático do ato ilícito absoluto que o ofende, pode estar apenas o "nome". Mas, na ordinariedade dos casos, o nome está, ao lado de outros elementos, no suporte fático do ato ilícito absoluto que ofende o nome.

Quem quer que componha nome, sem ser com os nomes de família, após o seu prenome, expõe-se às pretensões e ações das pessoas que já têm esse nome. Por isso, se insere no seu nome sobrenome de outrem, que seu pai ou sua mãe não tinham, está em situação de legitimação passiva (já assim, A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht,* 153).

A família, a que pertence o nome, não tem direito, pretensão, ação ou exceção, relativa a nome, quer para declaração, quer para a condenação, ou preceito cominatório; porque a família éinstituição social, dentro da qual o sistema jurídico traça círculos em que as relações jurídicas se exercem, — não é personalidade. Quem, de direito, tem nome de familia é legitimado às ações declarativas ou negativas, de abstenção por usurpação, ou de indenização, contra quem não tem direito a incluir no seu nome o sobrenome de família (F. Meili, *Die Kodification,* 52). Pode dar-se litisconsórcio; todavia, não no há necessário.

2. *Nome comercial (individual).* No nome comercial (individual) não se pode incluir outro nome inteiro que o do próprio comerciante; o que se pode incluir é o apelido ou nome de família (Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, art. 34, 1ª parte: o nome empresarial obedecerá ao

princípio da veracidade"); não se tornou irregistrável o nome alheio, nome de outrem, somente — segundo o que já se estatuia no Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, art. 111, 59)

— se dele não se pode usar legitimamente, porque o nome de outrem, por inteiro, não pode ser nome comercial. Se foi adotado o nome por inteiro de outra pessoa que a do comerciante, ou do sócio da empresa, o registro é *nulo* e *ineficaz.* O

titular desse nome não fica, com o registro, privado das suas ações, inclusive a de condenação específica, e as suas pretensões são imprecluiveis.

3. *Mulher casada e nome do marido.* A mulher casada tem todas as pretensões do direito ao nome contra a concubina do marido, que usa, aposto ao seu, o apelido do marido; bem assim contra quem quer que lhe negue ou usurpe o seu nome de casada; ou de solteira (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 225, nota 5; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 26).

O fundamento da pretensão, ou ação, quanto ao nome de solteira está em que esse nome foi o seu, *ainda* pode ser usado por ela, em certas circunstâncias, e volverá a ser o seu nome, se perder o direito a usar o nome do marido, ou se, após dissolução da sociedade conjugal, o preferir.

O

curador do nascituro pode pedir tutela do nome, se há interesse em tal tutela; *e.g.,* se o pai deixou no testamento a imposição do prenome, ou se a mãe o quer, e alguém, já registrado, maior, pede mudança no sobrenome, invertendo partes dele, de modo a não dar tempo ao registro do *conceptus sed non natus.*

A mulher casada tem direito ao nome, quanto à expressão "Senhora ABC", em que A é o prenome do marido. Aqui, a tutela jurídica é do nome. Igual direito assiste-lhe quanto ao seu nome acrescido do apelido do marido, ou ao seu nome de solteira. Não se confundem tais direitos com o de permitir que o seu nome de solteira, ou de casada, ou a expressão

"Senhora ABC", entre como elemento fático de marcas (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 122, I-III), ou título de estabelecimento ou

insígnia, ou de expressão ou sinal de propaganda; ou que entre em tais denominações, ou em nome comercial de pessoa física, ou nome, civil, ou comercial, de pessoa jurídica, o seu apelido de solteira, ou o seu apelido de casada. A mulher casada tem de consentir no emprego do apelido em nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia, expressão ou sinal de propaganda, marcas de produto ou serviço, de certificação ou coletivas, nas mesmas espécies em que outro parente teria de consentir. A ação, quanto à *decreta ção de anulabilidade* dessas marcas, é a do art. 173 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, e prescreve em cinco anos (art. 174), sem que outras pretensões e ações concorrentes também prescrevam no qúinqúênío, tais e.g. as ações de indenização do direito comum (Código Civil, art.

159).

4. Ofensa específica ao direito ao nome. Não há a ofensa específica ao direito ao nome quando se atinge a personalidade mesma, e não o nome (cf. O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 26); ou se o portador do nome permite que outrem o use, para algo de improbo ou de fora dos bons costumes. Nem há ofensa no "escrever-se o nome de outrem para que o portador mesmo se utilize da marcação (e.g., para "assinar" depois, entre muitos; para tomar assinatura de teatro ou lugar em veículo ou hotel). Discute-se se o que obtém titulo eleitoral, ou utiliza convite, com o nome de outrem, *usa* nome alheio. Em verdade, o problema é sutil: se A se faz passar por 8, dizendo-se 8, não usa só o nome de outrem,

— usurpa a personalidade mesma. No caso do título eleitoral e noutros semelhantes, há essa usurpação de personalidade *mais* a do nome, do mesmo modo que não se pode pensar *só* em uso indevido do nome. No uso do título eleitoral, que o eleitor mesmo assinou, há usurpação do nome, porque, prevalecendo-se do uso do nome do eleitor, o falsário assinou por ele (assim A. von Tuhr, *Der Aliqemeine TeU,* 1, 446, nota 34; antes O. Opet, Das Namenrecht des 8GB., *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 87, 386), porém há mais: há usurpação de direito político. Em verdade, tem-se de distinguir o uso do nome alheio, com que alguém se designa, e o uso do nome alheio, sem ser para se designar Por isso, O. Opet e A.

von Tuhr não têm razão; nem na têm G. Planck *(Kommentar,* 1, 4ª ed., 37) e F. Endemann *(Lehrbuch,* 1, 8ª-9ª ed., 163), seus opositores, que só vêem, aí, no plano do direito civil, a ação de indenização fundada no art. 159, que supõe culpa. O

fato de o marido inscrever a sua amante no registro de hotel, ou em viagem, com o nome de sua mulher, não é só ofensa ao nome; é uso do nome para designar a outrem *mais* usurpação da personalidade (sem razão, o Tribunal Federal alemão, 108, 231; cf. Hans CarI Nipperdey, no *Lehrbuch,* 1, nota 4ª ao *§* 93). É o caso de quem escreve obra e põe o nome de outrem, sem se atribuir, portanto, a autoria, nem se fazer portador do nome. A identidade pessoal não é protegida somente pelas ações específicas de tutela do direito civil ao nome, nem sequer, somente pelas ações do direito comum (e.g., art. 159). O âmbito da ação do art. 159 é muito grande; mas há as do Código Penal, da Lei Eleitoral e outras, bem como a dos direitos absolutos, especialmente dos direitos de personalidade. Donde ter-se de examinar, todo o cuidado, cada caso de ofensa e sua abrangência.

Com Praticamente, e isso os juristas alemães e outros não viram a identidade pessoal, a personalidade em si, como relação jurídica, não é protegida somente quanto ao nome, que, embora importam tíssimo, apenas *serve* a ela. Há ação declarativa da identidade pessoal, negativa, de que pode usar o eleitor, cujo nome foi assinado por outrem, ou ser usado pela mulher de quem deu o nome da mulher à amante, e a ação declarativa positiva. Outrossim, a ação cominatória e a de indenização fundada no art. 159. A presença de textos explícitos sobre o direito ao nome (alemão, *§* 12; suíço, art. 29) não é indispensável: a regra de tutela jurídica faz parte do sistema jurídico, ainda não-escrita.

§ 747. Ofensas ao nome

1. *Ofensas em geral; ofensas por negação.* As ofensas ao nome são, entre si, assaz diferentes. A mais simples é a negação ou controvérsia: aí, só se pretende que o portador do nome *não é* titular do direito ao nome. O propósito de ofender não é de mister (cf. G. Cohn, *Neue* Rechtsgútter, 32; W. Offergeld, *Das Pseudonym,* 47; sem razão, O. Opet, Das Namenrecht, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 87, 381): quem se crê com direito, ou, de boa-fé, nega o direito de outrem ao nome, ainda tacitamente, ofende-o. A ofensa de tal natureza permite a *ação declaratória* e a *condenatório,* inclusive com a cominação antecipada, em decisão interlocutória, ou na sentença. Os juristas consignaram essa particularidade da negação — lesão, que permite a condenação, em vez da simples ação de declaração negativa. A ação condenatória por simples negação mostra que o direito ao nome é

direito de personalidade, concerne ao *ser* de alguém; o negar envolve o sinal *menos,* quanto à existência da relação jurídica, e o sinal *menos* a fatos jurídicos, como o nascimento e o registro que estão ligados à personalidade como fundamentais da atividade na vida jurídica. A diferença entre a negação, que só dá a ação declaratória (propriedade, relações jurídicas de crédito), e a negação, que também produz a ação condenatória, mostra com transcendência notável, a linha de separação entre as relações jurídicas concernentes ao *ser* (personalidade) e as relações jurídicas concernentes ao *ter* (propriedade, direito de crédito). A reação do direito de personalidade é à ofensa objetiva, inclusive à negação. Não importa se se nega com o ato positivo (negação), ou com o negativo (abstenção de afirmar, se no caso se havia de afirmar). A sentença, no caso de abstenção da afirmação, tem por fito condenar a afirmar, pelo meio adequado às circunstâncias (Martin lsaac, *Der Schutz des Namens,* 75; O. Opet, Das Namenrecht, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 87, 381), inclusive para o futuro. Pode-se pedir a *cautio de non ampUtas turbando, à* semelhança (e *a fortiori)* da que se dá nas espécies cominatórias dos arts.

554 e 555 do Código de Processo Civil, ou como parte da decisão na ação de cominação inserta na sentença, ou como medida cautelar (Código de Processo Civil, arts. 826-828, 830-838). Na doutrina processualistica discute-se se o pedido de caução desnatura a ação de condenação, tornando-a declaratória (assim, O. Fischer, *Recht und Rechtsschutz,* 80; Th.

Olshausen, *Das Verhãltnis des Namenrechts zum Firmenrecht,* 33; W. Offergeld, *Das Pseudonym,* 48). Tal desnaturação não se dá: aí, a caução, que poderia ser pedida cautelar-mente, com instrução sumária, inclusive em audiência (Código de Processo Civil, art. 833, V parte), se insere no pedido da ação condenatória (que, como sempre, contém a declaratória, prejudicial), ou ocorre pendente a lide (Código de Processo Civil, arts. 796, 2ª parte, e 800, 1ª parte). A instrução sumária, peculiar às ações em que se deduz pretensão cautelar, bastaria; bastaria, *a fortiori,* a sentença declaratória; isso não quer dizer que a presença do *menos,* que se contém no mais, o desnature.

2. *Ofensas por usurpação, para si ou para outrem.* Após a ofensa pela negação, vem a ofensa pela usurpação, para si ou para outrem. A legitimação corresponde à da ação com fundamento na negação. O autor tem de provar o seu direito ao nome. À ação condenatória por ter havido controvérsia (negação) chamou Martin lsaac *(Der .Schutz*

e 110) ação defensiva, e à por ter havido usurpação, ofensiva; mas os adjetivos não quadram bem: a negação, de si, já ofende; e as duas ações podem ser usadas só defensivamente.

3. *Danos materiais e danos morais.* A ofensa que causa danos materiais ou morais é que leva à ação de indenização por culpa (art. 159). A ação de usurpação é espécie da ação de condenação, — a de repulsa mais forte, porque mais forte a ofensa, *ainda sem dano* e *sem culpa.* Temos, aí, portanto, três ações condenatórias.

4. *Ação de usurpação de nome.* O nome de ação de usurpação foi dado por O. Opet (Das Namenrecht, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 87, 377 e 383 5.); logo o adotou E Endemann; seguiram-no os demais, contra o nome "ação de oposição contra ofensa" *(Widerspruchsklage gegen Beeintrãchtigung),* ou ação de ofensa *(Beein t rách tigungsk (age),* de que, respectivamente, usaram Karl Gareis e G. Cohn.

§ 748. Tutela do nome

1. *Ações oriundas do direito ao nome: A) ação declarativa.* Existe *ação declarativa,* respeito ao nome, porque o direito ao nome resulta de *relação jurídica* entre aquele a que foi imposto (o conceito de imposição, *impositio nomin is,* é o que nos veio do direito romano, com a transformação canônica) e os demais membros da comunidade. O sujeito passivo é total. Se alguém o nega, ou, ainda, se há interesse na declaração, sem que alguém explícita ou implicitamente o tenha negado, cabe a ação declaratória do art. 4º, 1, do Código de Processo Civil. O nome é bem da vida, juridicamente protegido (cf. A. Sttickelberg, *Der Privatname im modernen bOrgerlichen Recht,* 31 s. e 106 s.). E preciso que o autor afirme, e prove, que lhe toca o nome *(* = foi registrado com esse nome), e houve negação ou ameaça ao seu uso, ou simples situação que crie o interesse por parte de outrem (o réu recusa-se a admitir a quitação com o nome do autor).

Não é razão, para a ação declaratória, ter o oficial do registro se recusado a inserir algum vocábulo; por exemplo, "de",

"Filho", "Júnior", "Sênior" *(G.*

Cohn, *Neue Rechtsqoter,* 32): aqui, cabe a subida do requerimento ao juiz, *ad instar* do art. 55, parágrafo único, da Lei nº 6.015, ainda que se trate de caso do art. 56. Para a ação declaratória não é preciso ter havido dano. Se dano houve, também pode ser proposta ação de condenação especifica ou a ex *delicto.*

A legitimação ativa vai a toda pessoa que tenha nome. O que ainda não tem nome não poderia propor ação declaratória de nome; em circunstâncias especialissimas, teria ação declaratória do direito de se registrar, dando-se o nome que entendesse, por lhe não terem imposto nome. A legitimação passiva vai a quem quer que, explicitamente, ou implicitamente, negue o direito ao nome *(=* a certo nome). Não importa se o demandado tem outro interesse, ou não (Ernst Haffter, no *Kommentar* de M. Gmur, 1, 2ª ed., 155), no negar o nome, ou se o tem o autor. Tampouco é de se exigir que os demandantes se tenham como titulares do mesmo nome. O funcionário público pode ser autor, bem como réu.

Negar o direito ao nome é tomar qualquer atitude que tenha, ou possa ter, a conseqüência de dificultar, ou impedir, que o titular do direito ao nome use dele. Pode ser a pessoa de igual nome (A. Wiesner, *Der* .Schutz *des Namens,* 28); pois a homonimia não permite que se negue o nome da outra pessoa. Não importa se a negação foi escrita, oral, ou por sinais, em público, ou em pequeno circulo.

Para a ação declaratória, não é preciso que exista relação jurídica entre autor e réu, ou que, pelo menos, se discuta essa existência. A jurisprudência alemã, a principio, exigia-o (cf. A. Wiesner, *Der Schutz des Namens,* 28). Havia confusão da ação declaratória da relação de direito absoluto (o direito ao nome) com a ação declaratória da relação de direito absoluto, *ou não,* entre o titular do nome e a pessoa junto a quem tem aquele o interesse da declaração.

2. *B) Ação de condenação.* O direito ao nome pode ser usurpado; há, então, a ação para que se afaste a ofensa ocorrida, ou que possa ocorrer. *O* direito ao nome, em si mesmo, foi lesado, ou está ameaçado disso. A ação é *ação de condenação,* e não só de declaração (E. Hólder, *Alígemeiner Teu,* 103; Th. Olshausen, *Das Verháltniss des Namenrechts zum Firmenrecht,* 93; sem razão, H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 25). Pode ser usada, em vez da ação ordinária de usurpação do nome, a ação de preceito cominatório com base no art.

287, do Código de Processo Civil.

Aquela repele a usurpação já realizada (e tem carga de executividade imediata, liquidando-se o prejuizo) e repele a usurpação futura; essa, comina pena por ulterior usurpação. Não é preciso provar-se a culpa; basta provar-se a usurpação do nome. Algumas vezes a ação de declaração positiva tem de vir cumulada, como prejudicial; outras vezes, as duas, a positiva, quanto ao direito do autor, e a negativa, quanto ao direito do réu (A. Stúckelberg, *Der Privatname im modernen búrgerlichen* Recht, 122).

A ação de usurpação pode ser por ter havido, da parte do réu, usurpação para si ou para outrem; não para coisa, ou para criação, *e.g.,* personagem de romance, titulo de casa comercial, ou de fábrica, de hotel, ou do que quer que seja (sem razão, G. Cohn, *Neue Rechtsgúter,* 33 s.; H. Lansel, *Le Nom en droit civil,* 202 5.; A. Stúckelberg, *Der Privatname* im *modernen búrgerlichen Recht,* 118 s.). A usurpação tem de ser tal que ofenda o interesse na exclusividade do nome, o que o autor tem de provar (H. Lansel, *Le Nom en droit civil,* 217), ou o não-direito do réu. O uso do nome da pessoa física, ou da pessoa jurídica, em coisa não éofensa ao direito ao nome; porém o uso do nome de outrem em mercadorias ou produtos industriais como se fosse o do comerciante ou fabricante não é emprego do nome em coisa, é emprego do nome como de outra pessoa (ou falsidade em atribuir ao titular do nome a procedência da mercadoria ou a fabricação).

A inclusão ou a utilização do nome alheio para designar mercadorias é infração do art. 124, XV, da Lei nº 9.279, de 14

de maio de 1996, porque sem o consentimento do titular, — e não do direito ao nome; tanto assim que esse não poderia ser transferido nem concedida a sua utilização, ainda com o consentimento do titular, e a pretensão contra aquele uso é prescritível (Lei nº 9.279, art. 174). A jurisprudência alemã e, mais funda e gravemente, a francesa continuaram a confundir os dois direitos, o direito ao nome e o direito de permissão do uso do nome em designação de coisas (cigarros Zeppelin, Sucessor de ABC). Contra a decisão do Tribunal alemão (O. Warneyer, *Die Rechtsprechung,* 21, 1.551), o art.

124, XV, da Lei nº 9.279 é expressivo: se não houve consentimento, o registro não podia ser feito; se o foi, a ação constitutiva negativa (Lei nº 9.279, arts. 165 e 173) é a que cabe e prescreve a pretensão (art. 174). Não importa se se trata de marca de produto ou serviço se de

marca de certificação, ou se de marca coletiva; se o uso não-assentido do nome civil ou sua assinatura, ou nome de família ou patronímico e imagem de outrem se dá em titulo de estabelecimento ou insignia, ou em expressão ou sinal de propaganda, irradiam-se a pretensão e a ação de condenação, mas a regra jurídica da Lei nº 9.279, art. 174, não incide.

A existência de direito ao nome, que cada dia é próxima de afirmação unânime dos juristas, como direito de personalidade (cf. Ernst Haffter, no *Kommentar* de M. Gmtir, 1, 154), direito absoluto, para cuja classificação tanto concorreu A. Stúckelberg (12 s., 127-137), traz como conseqUência a ação de usurpação, que écondenatória. Não pertence ao Direito das Obrigações, ainda quando se trate de nome comercial; sim à Parte Geral, onde se põem as regras jurídicas sobre a capacidade de direito e os demais principios fundamentais gerais.

O emprego do nome da pessoa em romance, peça teatral, ou outra obra de arte, com ou sem alteração dele, ofende a direito de personalidade; não, porém, ao direito ao nome. Mostrou H. Giesker *(Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimspl-iàre,* 172 s. e 177; de acordo, A. Stflckelberg, *Das Privatname,* 115, e Karl Gareis, Dichterische Behandlung wirklicher Begebenheiten und Personen, *Deutsche iuristen- Zeitung,* IX, 22 s.) que se trata de ofensa ao direito de velar a intimidade. Certo é, porém, que pode ser ofendido outro direito de personalidade *(e.g.,* direito àhonra; direito à verdade, como se houve calúnia).

É cedo que a negação e a usurpação do nome não são o mesmo. Quem usurpa nega, porém quem nega nem sempre usurpa. Daí já O. Opet (Das Namenrecht, *Archíu fOr die civilistische Praxis,* 87, 377 e 383 s.) ter distinguido a ação de negação do nome *(Namenbestreitungsklage)* e a de usurpação *(Namenanmassungsklage).* Cumpre, porém, advertir-se em que à ação de condenação basta a negação, o que retira a afirmação de correspondência exata entre essas duas ações e as ações declaratória e condenatória. Ambas podem ser propostas se só houve negação. Para a ação de condenação especifica, é preciso que alguém se atribua, ou atribua a outro, o direito ao nome do autor, ou lho negue. De regra, sempre que cabe a ação condenatória, também se pode propor o menos, que é a ação declaratória; porém não inversamente. A respeito do direito ao nome, permite-se, que, em vez da declaratória, se proponha algo como a acho *negatoria,* ainda se apenas houve negação (A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teu,* 1, 445), com

a eficácia da retratação pública, ou às pessoas a quem se fez. (Vê-se bem a diferença quando se compara a tutela da propriedade, que, em caso só de negação, permite a declaratóxia, e não a condenatória, salvo, *no direito brasileiro,* a ação cominatória, que *actio negatoria* é. As ações negatórias são ações condenatórias. As ações de declaração, que são as próprias em caso de simples negação, dariam apenas o efeito mediato a que se referia o art. 290 do Código de Processo Civil de 1939. Mas a tutela do direito ao nome, pela natureza desse, permite que se use algo como a *actio negatoria* ou de condenação ainda onde só houve negação, se não se quer lançar mão do preceito cominatório como tal. Negar o nome é *como* já lesar.) A pretensão condenatória supóe ter havido uso *ilegal* ou negação do nome; portanto, infração do direito (absoluto) ao nome. Não no há, de regra, em caso de homonímia; mas, se A usa o nome A em circunstâncias tais que se caracteriza a usurpação a outro A, cabe a tutela ao nome e à identidade pessoal. São de difícil aparição tais casos; todavia são possíveis. Há usurpação no uso de abreviações já antes usadas: J. J. Seabra, ainda que ambos sejam José Joaquim; Lafaiete Rodrigues Pereira, ou Carlos de Carvalho, em capa de livros ou assinatura de pareceres.

Discute-se se, morrendo o autor, titular do direito ao nome, se dá a transmissão da ação proposta. Afirma-o O. Opet (Das Namenrecht, *Archiu fOr die civulistische Praxis,* 87, 398). Negam-no Cohen *(Der Namensschutz,* 47) e Friedrich Hahne (Das *Namensrecht,* 91). O herdeiro não sucede nos direitos de personalidade; sucederia na ação de indenização. Do lado passivo, dá-se a transmissão (EX Hahne, 91).

A condenação, quanto ao pretérito e ao presente, é a restabelecer a identidade pessoal, ainda que pela simples publicação da sentença, pela distribuição dos documentos, ou pela substituição por documentos verdadeiros, ou pela retirada das placas (H. Salveton, *Le Nom,* 466; L. Kuhlenbeck, *Von den Pandekten zum BGB.,* 155), pelas retificações e desmentidos. Aliás, a ação de retificação é proponível (A. Stúckelberg, *Der Priuatname,* 108 s.), no tocante ao registro civil, ou com fundamento nos ads. 29-36 da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa).

3. *C) Ação de indenização por ato ilícito absoluto.* Além da ação declarativa e da ação condenatória específica, que corresponde à natureza do direito ao nome, há a *ação* comum *de indenização* ex

delicto, para a qual é mister a culpa. A ação fundada no art. 160, 1, 2ª parte, é de propor-se; tal ação se transmite.

No direito brasileiro, pode exigir-se indenização por danos imateriais (Código Civil, art. 76), se há ofensa ao autor, ou à sua família. No Código Civil suíço, art. 29, 2ª alínea, in *une,* tem-se ação de reparação moral "justificada a natureza do dano sofrido" *(wo die Art der Beeintrãchtigung es rechtfertigt, se cette indemnité est justufiée par la nature du tort éprou vê).* No direito alemão, diante do *§* 847, entende-se que não (Hans CarI Nipperdey, no *Lehrbuch* de L.

Enneccerus, 1, nota 7ª ao *§* 93), o que éinferioridade em relação àqueles sistemas jurídicos. O direito suíço fez da ação, em tal espécie, ação especifica; para o direito brasileiro, é a mesma ação do art. 159, combinado com o art. 76.

4. *Designa çôes de* status. As palavras “senhora” e “senhorita”, ou “senhorinha“, não são parte do nome. Referem-se a qualidades, não identificam, senão em caso de homonímia, eventualmente. Não se pode usar a respeito delas da ação específica de condenação (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine TeU,* 1, 440, nota 1, *b):* as ações que teria a mulher para o caso de se lhe negar o direito de dizer-se senhora, ou senhorita, seriam a declarativa e a do art. 159 (ação *ex delicto),* que se funda na culpa.

5. *Usurpação e aplicação do nome a coisas.* Discutiu-se se há a ação declaratória e a ação condenatória especifica de tutela ao nome quando se usurpou para coisa o nome. Já vimos que alguns escritores o admitiam. Tal atitude é a de quem ignorasse a pesquisa e o esclarecimento de P. Oertmann *(Aligemeiner Teu,* 47 s.); a quem se deve ter mostrado: falta no suporte fático o elemento da ofensa ao direito ao nome, como expediente de identificação pessoal; pode ser que exista, na espécie, ou *in casu,* ofensa àhonra, a interesses econômicos, e tal ofensa existiria se o nome fosse alcunha, ou denominação artificial, ou se, em vez de se designar personagem de romance, ou drama, ou de difusão radiográfica, com o nome de outrem, se usasse outro nome para se pôr, em romance, ou drama, ou difusão radiográfica, pessoal real. Aqui, a ação a propor-se é a do art. 159, fundada na culpa. Tratando-se de direito à honra, ou de outro direito de personalidade, cabe a ação de condenação por usurpação, com a condenação a remover a violação e a abster-se de posteriores violações; ou o preceito cominatório. A ação é a ação de direito à honra (condenatória), ou de outro direito de personalidade, que leva àcondenação a retificar registros, ou a retirar do titulo do hotel o nome da pessoa, ou o nome da pessoa-autora do livro que ela não escreveu, ou da tela que ela não pintou. Se houve culpa, a ação do art. 159 pode ser proposta. Contra, O. Opet (Das Namenrecht, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 87, 39 s.), J. Meisner *(Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 25), E. Eck *(Vortrãge,* 1, 43), J. Kohler (Schutz des Nachrichtenverkehrs, *Archiv fOr Búrgerliches Recht,* 26, 196, e J. Stranz (Literariscbe Freiheit und Namenrecht, *Deutsche Juristen-Zeitung* 10, 934), — com razão, E.

Endemann *(Lehrbuch,* 1, 8ª-9ª ed., 163, nota 10), H. Dernburg (Das *Búrgerliche Recht,* 1, 4ª ed., 152), J. Biermann *(Búrgerliches Recht,* 1, 455 s.), 1□. Cosack *(Lehrbuch,* 1, 6ª ed., 95) e G. Planck *(Kommentar,*

1, @ ed., 37). Foi pena que a jurisprudência alemã houvesse tomado a trilha errada, contra a ciência do próprio pais.

6. *Nome em marcas de produto ou de serviço, de* certificação *e coletivas.* O nome civil e patronímico (no sentido, mais largo, de nome ou sobrenome de família) pode ser empregado na composição de marcas. Sem o consentimento do titular do direito ao nome, ou de seus herdeiros ou sucessores, não é registrável a marca (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, arts. 124, XV, e 165, *pr).* Dá-se o mesmo quanto ao nome comercial (Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, art. 34, 1ª parte, *verbis* "o nome empresarial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidadei, aos títulos de estabelecimento e insígnias e às expressões ou aos sinais de propaganda. Há a ação de anulação do registro, se se infringiu alguma das regras juridicas acima referidas *(e. g.,* Lei nº 8.934, arts. 34, 1ª parte, e 35, 1, 1ª parte), com prescrição quinquenal respeito à invalidade relativa do registro das marcas (Lei nº 9.279, arts. 124, XV, 165, *pr.,* e 174), e a ação de indenização fundada no art. 159 do Código Civil. Não é caso de ação condenatória, específica do direito ao nome; mas pode ser intentada a ação cominatória vulgar (Código de Processo Civil, art. 287, *verbis* "se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato (...), constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso do descumprimento da sentença (arts. 644 e 645)"). A ação condenatória, que se pode intentar, consiste na condenação a indenizar e a destruir o em que haja a infração. Não há, no direito brasileiro, em tais infrações, se de boa-fé, a indenização ou a destruição; salvo, quanto ao futuro, o preceito cominatório.

7. *Abuso do direito ao nome.* O uso do direito ao nome de modo irregular dá ao lesado ação com base no art. 160, 1, V

parte. E o caso de quem tem o mesmo nome, porém o usa com dano para outrem. Os pressupostos do art. 160, 1, 2ª parte (responsabilidade pelo exercício irregular do direito), têm de estar satisfeitos. O só regularmente exercer os direitos é dever *ex lege;* por isso, a ação cominatória pode ser intentada.

Suportes fáticos da mesma composição podem dar ensejo a dois ou mais direitos que se parecem, ou que têm conteúdo coincidente. Tratando-se de nomes, dá-se a *homoním ia.* Os sistemas jurídicos não chegaram a conceber a tutela jurídica contra a homonímia: *a)*

poderiam exigir o registro somente do nome por inteiro, que não a suscitasse (o que se iria chocar com linhas históricas da formação dos nomes e semearia dificuldades, ou discórdias insuperáveis), e os sistemas jurídicos não o ousaram; *b)* poderiam criar pretensão e ação de diferenciação dos nomes, e não no ousaram, tampouco.

O perigo de confusão, que não ésuficiente para ação constitutiva negativa, com fundamento nos arts. 34, V parte, e 35, V, 2ª parte, da Lei nº 8.934, pode permitir a ação do art. 159 do Código Civil (indenização por ato ilícito absoluto, baseada na culpa), ou do art. 160, 1, V parte (exercício irregular de direito). Outrossim, a ação específica de condenação, ou a ação de abstenção (cominatória), se do uso *lícito* pode resultar confusão, que lese; mas, aí, seria de propor-se a ação constitutiva, a que se cumularia aquela. Circunstâncias especiais podem dar a ação cominatória do art. 287 do Código de Processo Civil.

a)

A tutela do direito à firma (individual) não é a mesma, a *priori,* que a do nome; mas é *and Ioga.* Há a ação declaratória, positiva ou negativa, a ação específica de condenação, portanto ainda se só houve negação, incluída a cominatória, a ação de indenização e a ação penal, com as diligências preliminares de busca e apreensão (Código de Processo Penal, arts. 240-250). A cominatória que o art. 189 do Decreto-Lei nº 7.903 previa explicitamente ("Independente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito.") é a ação de abstenção; mas, se o autor prefere, tem ele a ação com o pedido cominatório do art. 287 do Código de Processo Civil. Aquela ação de abstenção, que continua de irradiar-se, posto que sem fundamento no Decreto-Lei nº 7.903, art. 189 (Lei nº 9.279, art.

244, „1ª parte), é semelhante à que o Código Civil suíço, art. 29, 2à alínea, concebeu para o nome. A com o pedido do art. 287 do Código de Processo Civil abrange todas; e só se distinguia da ação de abstenção, porque essa teria na sistemática processual anterior de dar o preceito *na sentença,* e não no *mandado de citação* (Código de Processo Civil de 1939, art. 303, *verbis* "citação do réu para ... abster-se do ato~). O discrime apagou-se (Código de Processo Civil, art.

273), se bem que a ação condenatória cominatória ainda abranja a ação de abstenção (Código de Processo Civil, arts.

287, 1ª parte, e 461, 2e parte). O Decreto-Lei nº 7.903, art. 189, parágrafo único. acrescentara: "Esta ação poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos prejuízos anteriormente sofridos em virtude de infração." A cumulação de tal pedido referia-se à ação de abstenção, e não à cominatória do art. 302, XII, do anterior Código de Processo Civil, e sob o direito atual ela persiste, observados os princípios (Código de Processo Civil, art. 292, *§§* 1ª, I-III, e 2ª). Sob o Decreto-Lei nº 7.903, ads. 156 e 157, tinha-se a ação, prescritível em cinco anos. Além dessas ações, há a de anulação do registro de nome comercial que não podia ser registrado (Lei nº 8.934, ads. 34 e 35, 1, 1ª parte, e V). Ação constitutiva negativa.

Com ela, podem cumular-se a ação condenatória especifica, a de abstenção e a de indenização (cf. Código de Processo Civil, art. 292, *§§* 1ª, I-III, e 2ª). O Decreto-Lei nº 7.903, art. 189, parágrafo único, referia-se à cumulação dessa à ação de abstenção; mas havia de entender-se que se podia cumular à ação específica de condenação *(aliter,* à de cominação segundo o art. 302, XII, do Código de Processo Civil de 1939).

b) A tutela do título do estabelecimento ou insignia, como da marca de indústria e de comércio, é a mesma do nome comercial, exceto a ação específica de condenação, em caso de simples negação (só há, para esses casos, a ação declaratória).

8. *Títulos* científicos, *artísticos e outros.* A tutela ao nome não se estende aos títulos científicos, artísticos, ou outros (L.

v. Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts,* 1, 290). De ordinário, trata-se de títulos que se ligam a instituições de direito público, ou de títulos ligados a instituições de direito privado, com eficácia de direito público.

Negar o titulo é, então, matéria a ser atacada pela ação declaratória. A usurpação dos títulos, matéria policial e penal.

Não é de se afastar, em certas circunstâncias, o cabimento da ação civil de condenação.

9. *Pessoas jurídicas e tutela do nome.* As regras jurídicas concernentes à tutela do nome apanham as pessoas jurídicas de direito civil ou

comercial e as de direito público. O fim delas é o mesmo. Assim, se o nome de família é elemento do nome comercial, ou (quase) o nome mesmo da pessoa jurídica, os portadores do nome de família têm de abster-se de atos que neguem, ou usurpem, essa escolha, para a qual deram o seu consentimento. Se não no deram, têm ação constitutiva negativa, uma vez que não podem ser arquivados documentos que não obedeçam ao princípio da veracidade (Lei nº 8.934, arts. 34, 1ª parte, e 35, 1ª parte). O consentimento não fora dado, mas havia a exceção do que obtivera, há cinco anos já, o registro do nome. O art. 156 estava no Código da Propriedade Industrial, e não no Código Civil; mas, tendo o art. 104, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 7.903 equiparado, quanto à tutela jurídica dos nomes registrados, nomes de pessoas jurídicas comerciais, entendendo-se também as de direito público, o art. 156 incidia, porque era limitativo da proteção do nome individual civil e do nome comercial ou (art. 104, parágrafo único) do nome das pessoas jurídicas não-comerciais.

Quanto à tutela jurídica, têm as pessoas jurídicas: a) a ação declarativa positiva, ou negativa (se não se trata de desconstituir registro); *b)* a ação específica de condenação, como a teria a pessoa física; *c)* o preceito cominatório a que se refere o art. 287 do Código de Processo Civil; *d)* a ação de indenização pelo ato ilícito absoluto *(ex delicto),* segundo o Código Civil, art. 159, inclusive pelos danos imateriais (art. 76) e ainda em caso de uso irregular pelo que tenha direito ao nome *(e.g.,* patronimico), *ex argumento* ao art. 160, 1, 2ª parte; *e)* a ação penal, com as diligências preliminares, da Lei nº 9.279, arts. 200 s.; Código de Processo Penal, arts. 240-250; cp. Lei nº 9.279, art. 195, V e VI, *e.g.; fi* a ação constitutiva negativa, se a pessoa ré já tem o registro do seu nome e houve infração do art. 35, V, da Lei nº 8.934, de 18

de novembro de 1994. *c)* Sob o Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, havia a cominatória do art. 189, que era ação de abstenção, com o preceito inserto na sentença (se favorável), em vez de no mandado de citação, como seria a ação de preceito cominatório do art. 302, XII, do Código de Processo Civil de 1939; na atual sistemática processual o discrime deixou de existir: posto que a pretensão abstenciva se inclua na ação comínatória (cp. Código de 1973, ads.

287, 1ª parte, e 461, V parte), na ação de preceito cominatório o adimplemento de obrigação de abstenção há, como há na ação comínatória que tenha por objeto obrigação *ad faciendum,* antecipabílidade da força *(=* eficácia preponderante, peso 5)

condenatória (Código de Processo Civil, arts. 273,1 e II, *§§* 1ª-S~, e 461, *§§* 3ª, 4ª e As ações *c)* e *d)* são cumuláveis (Código de Processo Civil, art. 292, *§§* 1ª I-III, e 2ª). Nada obsta a que se cumulem *a)* e *b)* (aquela funciona como prejudicial, posta pelo próprio autor); ou *a)* e pois essa contém, sempre, aquela; ou *a), e), d);* ou *a), b), c)* e *d).*

Cumpre notar-se, finalmente, que, no direito brasileiro, o nome das pessoas jurídicas tem a tutela jurídica condenatória, em caso de simples negação, ainda que se trate de sociedades comerciais; *aliter,* para as marcas, os títulos de estabelecimento ou insígnias e as expressões ou sinais de propaganda, que ainda só têm a ação declarativa positiva ou negativa (se não é caso de pedido de desconstituição de registro). No direito comercial alemão, as pretensões só se dirigem contra o uso indevido do nome comercial (cf. Código Comercial alemão, *§§* 17 s., especialmente *§* 37, alinea 2ª), o que, pelo menos quanto ao nome das pessoas jurídicas de direito comercial, é contra os princípios.

As pessoas jurídicas são protegidas contra o emprego do seu nome em nome comercial, ou de sociedades civis, desde que se preste a confusão (Lei nº 8.934, art. 35, V), ou em marcas registradas (Lei nº 9.279, art. 124,1V, V, XII, XIX e XXIII; ads. 189, 1 e II, e 190,1 e II), ou em títulos de estabelecimentos ou insígnias (arts. 124, V, e 195, V, 2ª parte), ou em expressões ou sinais de propaganda (ads. 124, VI, e 191). Cumpre, porém, atender-se a que a proteção pode ser a do nome da pessoa física, ou do nome (civil ou comercial, ou de direito público) da pessoa jurídica; ou a do emprego, não consentido, como elemento do nome comercial da pessoa física ou do nome (comercial ou civil) da pessoa juridica, ou como elemento da marca registrada, ou do titulo do estabelecimento ou insígnia, ou de expressão ou sinal de propaganda. Desde que o nome da pessoa, física, seja empregado como nome de outra pessoa física, que, pelos principios, não tenha o mesmo direito (homonímia), a ação é imprescritível; idem, se empregado por pessoa jurídica que o apanha por inteiro (se só lhe colhe o patronímico, a ação é prescritivel). Sempre que o nome é empregado para designar coisa (marca, título de estabelecimento ou insígnia, expressão ou sinal de propaganda), a ação é prescritível: não se trata de ofensa ao nome, mas ao seu uso, sem ser com usurpação (uso para si, ou para outrem).

10. Nome *e registro de marcas.* A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 124, XV, disse que não são registráveis como marca o "nome civil

ou sua assinatura, nome de família ou patronimico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores". A expressão "herdeiros ou sucessores" só se refere ao que não é patronímico ou nome de família; quanto ao sobrenome, são titulares todos os que o têm no seu nome (sobre título de estabelecimento ou insignia, Lei nº 9.279, art. 195, V, *6.9.;* sobre expressões e sinais de propaganda, art. 191, *u.q.)*.

§ 749. Pseudônimo

1. Conceito *de pseudônimo.* O pseudônimo designa a pessoa, sem ser o nome civil. Caracteriza-o a artificialidade, ainda quando se componha de elementos do próprio nome. A sua função é a de nomear, sem ser com o nome civil, ou com outro nome, especial; de ordinário, porém não sempre, oculta a identidade pessoal. Há direito a adotar pseudônimo; nao há dever de adotá-lo. Tal dever somente surgiria negocialmente, como se alguma sociedade exigisse dos seus sócios a escolha de pseudônimo; ou há o dever de usá-lo, de origem negocial, se à sociedade mesma ficam a escolha e a imposição. Usando-se o pseudônimo, ou após a averbação, *ad instar* do que ocorre com as abreviações empregadas em atividade profissional (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, *art.* 57, parágrafo único), estabelece-se direito subjetivo a favor da pessoa artificialmente nomeada. A doutrina diverge: de um lado, os que negam a existência de direito subjetivo; do outro, os que a afirmam. O direito brasileiro não toleraria aquela atitude da doutrina. A literatura alemã foi, em grande maioria, afirmativa da tutela do nome pelo *§* 12 do Código Civil alemão. Somente G. Planck e outros, poucos, entendiam faltar regra jurídica a respeito, ao que respondeu A. Manes *(Das Pseudonym und sem Recht,* 52): tal regra existe em relação *ainda* a nomes de coisas. E verdade é que o *§* 12 abrange o nome e o pseudônimo. De sua parte, K. Cosack afastava que se pudesse ver no *§* 12, que trata de direito individual, tutela do pseudônimo; e J. v.

Staudinger (Namenrecht, *Seu fJerts Bldtter,* 62, 186 e 188) negou ao pseudônimo ser nome. Todos sem razão: o pseudônimo é *nome de pessoa,* e não *de* coisa; identifica, se bem que só a propósito de ceda atividade.

(a) Pseudônimo é nome de pessoa. Se o castelo, o hotel, a casa de saúde, o prédio da fazenda, ou o da fábrica tem nome e se lhe dá,

depois, outro, cumulativamente, nem por isso o nome, que depois se lhe deu, se faz pseudônimo. Ambos são nomes de coisa, ainda quando um conste, e outro não, de indicações dos registros públicos ou das repartições públicas.

O segundo nome só é pseudônimo, respeito a pessoas, porque as pessoas têm de ter nome e um só nome. O segundo é pseudonome, ou nome de claustro, ou nome comercial, ou nome de incógnito, porque o outro, o primeiro, é que é o nome. Quem usa pseudônimo, não muda de nome, ainda que especificamente, como ocorreria com o nome claustral, razão por que a proibição de mudar de nome não atinge a pseudonímia. Tampouco, o pseudônimo se confunde com o *nome abreviado,* com que, de ordinário, se assinam as obras e se fazem conhecidos os autores (ainda os confundiam alguns juristas, menos de um século atrás, cf. certo, O. Wächter, *Verlagsrecht,* 434; errado, *Autorrecht,* 140 5.; certo, R.

Klostermann, *Das geistige Eigentum* 289, *Urheberrecht,* 23 s.). Quem abrevia o próprio nome não adota pseudônimo, salvo se reduz aquele a expressão que não mais lembra o nome. Quem aumenta, ou altera algo ao próprio nome pode tê-

lo estendido, ou alterado, por pendor nobiliárquico, ou eufonia, ou originalidade, ou torná-lo pseudônimo, se o faz inassociável, na memória, ao que era (cf. A. Manes, *Das Pseudonyrn und sem Recht,* 31: Labieno; Lafaiete Pereira, Olavo Brás dos Guímarães Bilac: ali, há pseudônimo; aqui, não).

(b) Se a mulher usa o seu nome de solteira, ou a separada judicialmente, ou divorciada, o seu nome de casada (sem direito ao uso dele), como seu nome de autor, discute-se se esse nome, que teve, é pseudônimo, ou não. Afirma-o A.

Manes *(Das Pseudonym und sem Recht,* 32); porém a questão não é simples. O nome de solteira foi o nome, não é, pois, nome artificial; a mulher pode continuar de usá-lo, se o entende, em atividade específica: o direito não lhe proibe, sequer, que o empregue em atividades públicas, como abreviação do seu nome de hoje; não se trata de pseudônimo.

Nem o marido pode obstar a que o faça, como simples abreviação; tal como não lhe é permitido proibir à mulher o uso de pseudônimo.

(c) Ainda insistiram em que o nome claustral é pseudônimo, e não

mais do que isso, *e.g.,* Max Schaufuss *(Die ziuilistische Seite des Namenrechtes,* 19) e Otto Schellmann *(Der Schutz des Pseudonyms,* 21 s.). Trata-se de nome para circulo social interior, que não exclui o nome, nem se há de tratar como pseudônimo. Só é nome adotado na dimensão religiosa (adiante, nº 6).

(d) O monograma artístico, literário, ou industrial, ou é abreviação *mais* desenho, ou é abreviação tão-só, em tipo especial de letra. Consideram-no alguns (e.g., O. Schellmann, *Der Schutz des Pseudonyms,* 21) pseudônimo — opinião que ou erra, por se tratar, *in* casu, apenas de abreviação, ou erra, por ser nome de coisa. Ou o monograma, sem o desenho, designa o nome de outrem e há ofensa ao direito ao nome, ou é marca de coisa (nome de coisa), ou é pseudônimo. Não se pode, a *priori,* dar resposta àquestão. Pode estar em causa, outrossim, o direito de autor quanto ao desenho, ou quanto ao todo "abreviação *mais* desenho".

2. *Função de ocultação da identidade pessoal.* E restringir-se demasiado a função do pseudônimo dizer-se que ele *oculta* a identidade pessoal. Talvez seja o que mais acontece. Bastaria, porém, a frequência de casos, em que se toma pseudônimo por parecer mais belo, ou mais eufônico, ou mais próprio à vulgarização, ou à função distinguidora, por exemplo, no circulo de profissionais, que o nome, para se ver que a função de ocultação éacidental, e não essencial.

Quem, por exemplo, ao começar de usar pseudônimo, o sobpõe, ou o sobrepõe, ao nome, de modo nenhum está a ocultar: ao contrário, divulga, de inicio, a identidade pessoal. O étimo exprime, ai, a verdade; o pseudônimo éapenas nome artificial. Nem todos os que usam pseudônimos estão a esconder-se, como acontece aos que escrevem verrinas, ou piadas ofensivas, ou como as prostitutas, que costumam ocultar a identidade e a família com alcunhas ou nomes supostos, ou diminutivos. Todavia, o *nome falso* (estrito senso) não é pseudônimo. Se o nome falso foi usado para que se tomasse por outrem a pessoa, ou para que, sem ser com aplicação profissional normal, se ocultasse a identidade pessoal, não se trata de pseudônimo, e sim de nome imposto. Sem razão, juristas contemporâneos têm insistido na função só ocultadora do pseudônimo. E os escritores que, depois de falarem da função ocultadora do pseudônimo, aludem a que ele serve de identificação pessoal, caem em contradição: o pseudônimo não oculta, sempre, a pessoa, nem substitui o nome; porque não oculta, pode servir à identificação pessoal. Alguns

pseudônimos se tornaram mais identificadores que os nomes e passaram à história. O que é essencial ao pseudônimo é que seja outro nome (= nome artificial) e sirva a designar quem é o agente de alguma atividade, profissional ou não.

3. *Limites à faculdade de criar pseudónimo.* A faculdade de se criar pseudônimo encontra limites, como ocorre em caso de obscenidade do pseudônimo, de ofensa à dignidade humana, ou de já pertencer a outro, ou ser pseudônimo de outrem. O Ministério Público tem de ser ouvido sobre a averbação e pode deduzir a sua impugnação. Pode, outrossim, o que tem o direito ao nome, ou ao pseudônimo, impugnar a averbação, ou propor as ações por ofensa ao seu direito.

Entre o ter de ser livre a escolha do pseudônimo, exceto se recai sobre nome ou pseudônimo de outrem, e a antítese de se exigir ao pseudônimo que caracterize e, pois, distinga, a verdade está em que *nem sempre* a escolha do nome de outrem, ou do pseudônimo de outro, é pré-eliminada, ainda para o registro. Depende da natureza da atividade. Não se pode tutelar o pseudônimo mais do que se tutela o tenha de satisfazer exigência, com o sobrenome, segundo a Das Namenrecht, *Archiv Júr* Kohler, Das lndividualrecht aIs *Recht,* V, 78; Humorname Schellmann, *Der Schultz des* a tese, A. Stúckelberg, *Der* nome, posto que o *ato* de escolher que o *fato* de receber o prenome, lei, não pode satisfazer (cf. O.

Opet, *die civilistische Praxis,* 87, 352; J. Namenrecht, *A rchiv fOr Búrgerliches* und Personenname, 27, 196; O.

Pseudonyms, 13 5.; sem razão, com *Privatname,* 143; R. Súpfle, *Das Namen recht,* 25; G. Cohn, *Neue RechtsgOter,* 36; com a antitese, C. Wedemann, *Das Namensrecht, 9* s.).

Se alguém usou, como pseudônimo, nome que coincide já ser o de outrem, resta saber se, ao reclamar o que tem o nome, o que usa o pseudônimo já o emprega com difusão tal que valha nome. O fato de alguém nascer que tenha por nome o que épseudônimo de outrem não põe ao recém-nascido em situação de quem viola direito; tampouco, pode o que tem o nome opor-se ao que adotou como pseudônimo o que também é seu nome, —depois do registro, não assim antes, salvo se a repercussão do pseudônimo lhe conferiu certa importância maior que a do nome. O uso do pseudônimo Bilac não lesaria a Olavo Eilac. O seu nome era Olavo Brás dos Guimarães Bilac; era esse o seu nome,

e Olavo Bilac, a abreviação, protegida pelo fato de a ligar aos seus livros e escritos. Outro, que tivesse nome parecido e o abreviasse em Olavo Bilac, o lesada; não, se abreviasse em Bilac (sobre o caso R. Biedermann, 3. Stranz, Litterarische Freiheit und Namensrecht, *Deutsche Juristen- Zeitung,* X, 934; J. Kohler, Humorname und Personenname, *Archiu fOr Btirgerliches Recht,* 27, 197 s.).

4. *Acréscimos ao nome.* O acréscimo ao nome pode compor pseudônimo, ou não: o uso de algum elemento estranho ao nome, como Rio Branco, pelos parentes do visconde ou do barão do Rio Branco, não é pseudônimo, é *indevida* inclusão de titulo, não-hereditário, no nome; o uso de João Nolasco Tupinambá, por pessoa que se chama João Nolasco, para assinar quadros, é composição de nome e alcunha, posto que J. N. Tupinambá possa ser pseudônimo.

5. *Egípcios e Romanos.* Egípcios e Romanos já usavam pseudônimos. As Comédias de Terêncio foram escritas como de Caius Laelius (cf. W. Offergeld, *Das Pseudonym,* 6). As atrizes usavam sobrenomes pelos quais eram conhecidas (J.

Lemonnier, Étude *historique,* 177); e ainda usam, no teatro e no cinema. Nos séculos medievais, usou-se e abusou-se dos pseudônimos. Tomás de Aquino teve o de "Melinto Lentrônio" (Edwin Bormann, Die *Kunst des Pseudonyms,* 6).

Molière é Jean-Baptiste Poquelin. Voltaire é François-Marie Arouet. No teatro, Masanus e Coraílus eram Ulrich v.

Hutten. Boz foi o pseudônimo dos primeiros trabalhos de Charles Dickens. Mark Twain ficou célebre pelo pseudônimo.

De algumas pessoas nunca se veio a saber o nome: ficaram os pseudônimos. Daí as pesquisas históricas a que desde o século XVII se procede e existem algumas dezenas de dicionários de pseudônimos.

Pseudônimos também foram usados por editores: punham, em vez do nome, pseudônimos; mas, para despistarem as autoridades de censura e inquisição, também ocultavam o lugar, o que mais perfazia a falsidade de nome que a pseudonimidade. E muitos escritores preferiram o anonimato. *Oden* de Klopstock, *Gãtz* de Goethe e *Die*

Rduher de Schiller foram anônimos. Só algumas poesias de Goethe foram publicadas em 1799 com o pseudônimo de Justus Amman.

6. Nome *ocultante, nome artístico, nome profissional.* Nome ocultante, nome artístico, nome profissional, o pseudônimo *particulariza* o nome, pela atividade. De certo modo, se não duplica, ou multiplica a personalidade, fá-la refletir-se em diferente expressão designativa. Não é o incógnito (nome só para se encobrir, durante algum tempo, sem atenção a determinada atividade), nem o nome claustral, nem a alcunha, nem o nome humoristicamente truncado. O

incógnito supõe, de regra, a deslocação, outra cidade, ou outro país; dai a sua significação, no direito das gentes. Não é pseudônimo (sem razão, O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 723 s.). O nome claustral é *imposto* ao noviço; como o pseudônimo, não substitui, nem afasta o nome; a diferença entre eles estaria em que o pseudônimo se adota, ao passo que o nome claustral se recebe (W. Offergeld, *Das Pseudonym,* 14); mas verdade é que o pseudônimo pode ser escolhido e imposto por academia ou sociedade, o que borra a distinção. O assunto não pareceu fácil aos que viram no nome claustral espécie de pseudônimo (J. Kaserer, *Uber Personennamen,* 54; O. Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 723; 5. Levi, *Vorname und Familienname,* 46). O nome claustral, como o nome comercial, é nome *específico,* como o nome comercial e o nome *temporário* adotado, entre governos, para o incógnito de autoridades ou personalidades estrangeiras.

Não é pseudônimo. Quem vislumbrou isso foi Alfred Manes *(Das Pseudonym und sem* Recht, 7), enquanto O. Opet (Das Namenrecht, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 87, 324 s.) apenas via no nome claustral mudança (troca) de prenome. O incógnito, sem a velada identificação pelos governos, é apenas falso nome.

7. *Natureza do pseudônimo.* Todos os juristas, que tinham o direito ao nome como direito de propriedade, tinham como tal o pseudônimo. Não vice-versa. Entre aqueles estava H. Lansel *(Le Nom en droit civil,* 234), para quem o pseudônimo pertenceria a quem primeiro o empregasse. Todos os que consideram o direito ao nome direito sobre bem imaterial haviam de estender o raciocínio ao pseudônimo, ou considerar a esse em categoria abaixo (inclusive nula: não direito ao pseudônimo).

A discussão, a respeito de ser direito público, ou direito privado, o direito ao nome, repete-se a propósito do direito ao pseudônimo. A

tendência dos escritores é para lhe sublinhar o caráter privatístico (A. Manes, *Das Pseudonym und sem Recht,* 30; W. Offergeld, *Das Pseudonym,* 30). Porém tal conclusão ésuperficial. O argumento de que não se pode usar o pseudônimo nas escrituras públicas e relações jurídicas com o Estado, se de direito público essas, é frágil. O

pseudônimo é protegido por leis de direito público (Código Penal, art. 185: "Atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística"). O direito ao pseudônimo é ubíquo, como o direito ao nome.

8. *Direito* romano, *direito grego e direito ao nome e ao pseudônimo.* O direito romano desconheceu direito ao nome e ao pseudônimo. Bem assim o direito grego, a despeito do pleito (perdido) de Demóstenes, que já ao seu tempo propusera ação de ofensa ao nome (cf. G. Cohn, *Neue Rechtsgúter,* 17). A Lex Visigothomm, Vil, *§* 6, tinha por *crimen falsi* toda mudança de nome; e pois todo pseudônimo. A Idade Média admitiu a *mutatio nomin is;* portanto, não proibia o pseudônimo.

9. Direito a ter pseudônimo e personalidade. O direito a ter pseudônimo é essencial à personalidade. Não se diga que se ocupa o pseudônimo; ou, melhor, que é como o direito (patrimonial) de autor Dir-se-á, contra isso, que se adota e se renuncia a ele, ou se volve a tomá-lo, ou a usá-lo; faltar-lhe-ia, pois, o elemento de permanência, que é comum aos direitos de personalidade; é livremente mudável. Nada obsta a que se tenham e se usem dois ou mais pseudônimos para a mesma, ou para diferentes atividades; pode ser escolhido para certa época, ou permanência, ou festa, ou oportunidade (e.g., para determinado concurso, em que os nomes se devem conservar ocultos até a decisão); e, se foi ocasional, sem deixar traços, não pode ser tutelado. Todos esses argumentos seriam decisivos se fosse essencial ao nome a imutabilidade (histórica e dogmaticamente, não no é), ou a unidade. O pseudônimo, que se deixou de usar, não deixou de ser: enquanto *foi usado,* foi essencial à personalidade; pode cessar o risco, posto que direito nato o direito a ele.

Depois que deixou de ser usado, não deixou de ser, porque é o nome com que se alude a alguma atividade *no tempo* e, talvez, no *tempo e no espaço* (A usou os pseudônimos PA, na França, P2A, na Inglaterra, e

P3A, nos Estados Unidos da América). O direito ao pseudônimo, se foi usado com perduração das obras que a atividade produziu, não se perde; nem é assumível por outrem, com prejuízo do que o usou, ou dos seus sucessores. E sem razão dizer-se, como faz A. de Cupis *(II Diritto all'identitô personale,* 173; *1 Diritti di personalitâ,* 246) que não se pode prescindir do uso do pseudônimo, para a conservação do direito a esse. O direito ao pseudônimo pode ser conservado, para o que foi, sem que se precise conservá-lo para o que vai ser.

10. *Aquisição do pseudônimo.* Adquire-se o pseudônimo como se adquire o nome. Não basta a declaração de vontade, nem épreciso que se declare a vontade: depois do registro, o pseudônimo é oriundo de ato-fato, a que o sistema jurídico dá entrada no mundo jurídico; antes do registro, o ato-fato só é protegido contra o dolo (Código Penal, art. 185) e contra a culpa (Código Civil, art. 159), se há dano. Entendia A. Manes *(Das Pseudonym und sem Recht,* 36) que se não deve falar de aquisição de direito ao pseudônimo, porque tal direito não precisa ser adquirido; seria, pois, *inato.* O engano ressalta: como a respeito do direito ao nome, a que corresponde, como *prius,* direito a ter nome, existe, também, esse, como *prius,* em relação ao pseudônimo (e ao nome comercial): direito a ter pseudônimo (e a ter nome comercial). Um e inato; o outro, não. Todos são direitos de personalidade, porque não os exclui o serem natos, em vez de inatos. Não há qualquer direito de personalidade ao nome, antes do registro; nem direito de personalidade ao pseudônimo, ou ao nome comercial; o que há é o direito a ter nome (a ter pseudônimo, a ter nome comercial). O ato-fato é o emprego do pseudônimo, que, com o registro, entra no mundo jurídico. Se o registro se fez sem o emprego, falta o que entre no mundo jurídico. O ato-fato, que se produza depois, ingressa. Por outro lado, só se exige o ato-fato *mais* o registro; não se exige tempo, nem a reiteração do emprego.

Em vez da auto-imposição do pseudônimo, o que é a regra, pode haver imposição *(e.q.,* se a sociedade de artistas põe nos estatutos que o pseudônimo de cada um seja escolhido por votação de algum órgão).

Não se pode pensar em herdar *pseudônimo,* nem no adquirir derivativamente, posto que: a) possam os descendentes juntálo ao seunome, à semelhança de patronímico (Cassação de Paris, 8 de junho de 1859; J. Laílier, *De la Propriété des Noms,* 302); *b)* possa o herdeiro ou descendente, que exerce a mesma atividade, ou outra, readotá-lo,

se não há ofensa a direito de outrem, ou não constitui usurpação da fama do pseudônimo, ou se o distingue do anterior com letra *(e.g.,* B) ou outra indicação (segundo, filho, o jovem); *c)* a pessoa que usava o pseudônimo pode permitir que outrem, após a sua morte, ou a partir de certo tempo, o use (em verdade, apenas pôs claro, declarou, que, em princípio, tinha por adotável por outrem o pseudônimo), — e então há de ter-se a escolha pela pessoa *a partir* da declaração, ou da morte, excluida a escolha por outrem, se não há ato de repúdio, ou não-aceitação, pelo beneficiado pelo esclarecimento (portanto, nem sempre éexcluida a ação dele contra o terceiro; sem razão, A. Manes, Das *Pseudonvm und sem Recht,* 44).

Nome de pessoa, o pseudônimo, com que se publicou a obra, pode ser mudado pelo nome, ou por outro pseudônimo, que o autor adote. Nada obsta a que o autor, que publicou obra com seu nome, venha a reeditá-lo com o pseudônimo; ou vice-versa.

11. *Perda do pseudônimo.* O pseudônimo perde-se como se adquire. A escolha cria-o; o deixar de usá-lo exclui-o. Tal como acontece *à* firma; à diferença do que se dá com o nome. Não se perde pela adoção de outro pseudônimo; nem pela admissão de serem duas ou mais pessoas a usarem-no. A declaração pública de não mais o adotar não é mais do que deixação; e nem sempre induz que não se volte a adotá-lo. A comunização, como o tornar-se usável por certo grupo de redatores, e não só pelo fundador da coluna, ou seção do jornal, ou da revista, não é perda; é atenuação da exclusividade (cf. J. Laílier, *De la Propriété des Noms,* 302 sj. Perda é tornar-se só usável por um, ou menos do que por aqueles que o usaram.

12. *Direito ao pseudônimo e direito patrimonial de autor.* O direito ao pseudônimo, que tem o autor que publicou o livro, ou pintou a tela, ou esculpiu, ou exerceu outra atividade criativa, e o *direito patrimonial de autor* são distintos: não se confundem. Quem usa o mesmo pseudônimo usurpa-o, — não plagia; quem plagia, usando outro nome, ou outro pseudônimo, não usurpa pseudônimo. Quem plagia e usa o mesmo pseudônimo plagia e usurpa. A transferência do direito patrimonial de autor não implica a do pseudônimo; o pseudônimo é intransferível (K. Specker, *Die Persõnlichkeitsrechte,* 151). Quando se permite a outrem que exerça atividade, usando o pseudônimo, não se renuncia a esse, nem, tampouco, se transfere, salvo se se assumiu a obrigação de não mais se usar o pseudônimo, — negócio jurídico, que

somente vale e é eficaz se o pseudônimo não foi registrado, ou se o pseudônimo foi registrado com a indicação “A e outros

13. *Relações de direito público e uso de pseudônimo.* Nas relações de direito público não é permitido ter-se pseudônimo, nem usar-se o que se tem (A. de Cupis, *II Diritto all’identità personale,* 173), salvo *lex specialis.* Nas relações de direito privado, nada obsta a que, a respeito da atividade, ou das atividades, a que se liga o pseudônimo, seja usado para negócios jurídicos. Nas relações de direito privado, em que não se exija instrumento público, o pseudônimo é utilizável; nos instrumentos públicos, se foi averbado (sem distinguir, L. Coviello Jr, *Attiuitâ negoziale sotto falso nome,* 13).

14. *Pseudônimo, parte material de publicação periódica.* Quando o pseudônimo é de parte material de alguma revista ou jornal, sem corpo redatorial que tenha direito à distinção, não é ele ligado a nenhuma pessoa, ou grupo de pessoas; não é objeto de direito de personalidade: é, apenas, ligado, materialmente, à revista, ou ao jornal (cf. 3. Kohler, Das lndividualrecht ais Namenrecht, *Archiu fOr Búrgerliches Recht,* V, 79 s.; W. Offergeld, *Das Pseudonym,* 28). Surge o problema da pseudonímia usada por pessoas jurídicas: 2,Pode a pessoa jurídica ter pseudônimo? Negou-o O. Wächter *(Das Autorrecht,* 105 s.), dando a razão de não poderem as pessoas juridicas ser autores de obras; ao que W. Offergeld *(Das Pseudonym,* 28) respondeu que podem elas exercer os seus direitos autorais através de órgãos ou representantes.

Percebe-se que se está a discutir o problema fora do plano próprio. Quanto às obras, há *a)* o direito autoral de personalidade, que a pessoa jurídica não tem, 14 o direito a ligar o nome à obra (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, art. 24,11), *c)* os direitos patrimoniais de autor, entre os quais *d)* o direito de editar. Os direitos *14,* c) e *d),* a pessoa juridica pode tê-los. Pois que, se ela tem nome, pode usá-lo na obra, se adquire o direito de que fala o art. 24,11; porém, ai, o pseudônimo está *no lugar* do seu nome, e não no plano do direito a ligar o nome (ou o pseudônimo) à obra.

Como pseudônimo, é direito de personalidade: como tal há de ser tutelado. O direito a pó-lo na obra é outro direito, já fora da esfera da personalidade.

15. *Título de estabelecimento e pseudônimos.* O Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945 — derrogado pela Lei nº

5.772, de 21 de dezembro de 1971, art. 128, ambos revogados pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 244, V e Q

partes —, art. 117, 2ª, permitia registrarem-se como título de estabelecimento os nomes patronímicos (leia-se: sobrenomes) dos industriais, comerciantes ou agricultores, escritos por extenso ou abreviadamente, *bem como os pseudônimos.* Esse registro como título de estabelecimento não atingia, de modo nenhum, o direito ao sobrenome, ou o nome padicular, ou ao pseudônimo. Ai, o pseudônimo, como o sobrenome ou o nome particular, é apenas *plus,* título de estabelecimento, como tal tutelado, sem que se modifique o direito ao sobrenome, ao nome particular, ou ao pseudônimo, como nome de pessoa. Dava-se o mesmo quanto ao sobrenome, quanto ao nome particular ou quanto ao pseudônimo, empregado em expressões ou sinais de propaganda (sob o Decreto-Lei nº 7.903, art. 125, 5ª). Dá-se o mesmo quanto às marcas de produto ou serviço, de certificação e coletivas, se o pseudônimo é notoriamente cógnito (Lei nº 9.279, art. 124, XVI, 1ª parte).

O

pseudônimo, nome de pessoa, pode ser usado como nome de coisa; *e.g.,* como marca de produto ou serviço, de certificação e coletivas, ou como sinal de propaganda. Então, o pseudônimo é *nome de coisa,* ou elemento de nome de coisa, e não mais pseudônimo, no sentido próprio. Pode-se usar como título de estabelecimento ou insígnia o pseudônimo (no direito anterior Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, art. 117, 2ª, *in fine:* "bem como os pseudônimos"); e não pode ser firma o pseudônimo (Decreto Federal nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996 art. 62, *pr., V*

parte; Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, art. 34, 1ª parte). Então, toda proteção ao nome se estende ao pseudônimo; se bem que se não proiba que se registrem todos os nomes comerciais e marcas de produto ou serviço, de certificação e coletivas, se o pseudônimo é notoriamente cógnito (Lei nº 9.279, art. 124, XVI, 1ª parte) que contenham pseudônimo de outrem não se pode tirar que não esteja incluída na proibição relativa ao nome de outrem (Leis nº 8.934, art. 34, 1ª parte, e 9.279, art. 124, XV, 1ª parte). A questão foi levantada no século passado e, depois de se entender que a firma não pode

constar do pseudônimo, assentou-se que o pseudônimo é protegido contra o uso por outrem como nome de coisa, na medida em que o é o nome. Aliás, primeiro teve a doutrina de se limpar de confusões, que viam no pseudônimo, usado como nome de coisa, pseudônimo comercial: ou o pseudônimo é nome de pessoa, e como tal tutelado; ou é nome de coisa, e só se lhe dá a tutela das marcas, dos títulos de estabelecimento, dos sinais de propaganda (cp. J. Laílier, *De la Propriété des Noms,* 409; E. Blanc, *Traitê de la Contrefaçon,* 717; J. Kohler, *Das Recht des Markenschutzes,* 120). O pseudônimo pode ser firma comercial, *no seu ámbito.*

§ 750. Dever de ter e de usar pseudônimo

1. *Deuer de origem negocial.* Negocialmente, pode haver efeito que produza *dever de ter* e *dever de usar* pseudônimo; *e.g.,* o artista teatral ou cinematográfico pode ser obrigado a usar o pseudônimo, que foi escojhido, sempre que exerça a atividade ou as atividades de que se trata. Não é lícito obrigar-se a usar pseudônimo, em vez do nome, nas relações jurídicas de direito público ou em atos de direito público; o pseudônimo é, por definição, limitado a atividade ou atividades a que corresponde, e o nome não pode ser, ainda negocialmente mudado, sem observãncia das regras legais.

Se alguém se obrigou a ter, ou a ter e usar pseudônimo, em determinada atividade, ou determinadas atividades, e deixa de adimplir a obrigação de fazer, responde pelo inadimplemento, segundo os princípios. Não pode obrigar-se a só usar o pseudônimo em *quaisquer* relações de direito privado.

2. *Mulher casada.* A mulher casada não é obrigada a usar o apelido do marido, *a fortíori* no que ele contém de pseudônimo. A *sua* obrigação somente poderia nascer em negócio jurídico de direito das obrigações.

§ 751. Tutela do pseudônimo

1. *Ações oriundas do* direito *ao pseudônimo.* O direito ao pseudônimo é direito absoluto, por ser direito de personalidade A sua tutela é a dos

direitos de personalidade a ação declaratória écomum a todas as relações jurídicas; a ação condenatória específica e a cominatória têm inteiro cabimento, se há ou se se teme ofensa (inclusive negação) ou usurpação; a de indenização, fundada no art. 159 ou 160, 1, 2ª parte, pode ser proposta.

A ação declaratória positiva tem por fito enunciar que existe a relação jurídica cuja procede o direito ao nome (eficácia); só elipticamente se diz que o direito ao nome é a relação jurídica, como faz Martin lsaac *(Der Schutz des Namens,* 71 *sj.*

De tal ação pode lançar mão o titular do pseudônimo. O Código Civil italiano, art. 9ª, inseriu regra jurídica explícita:

"Lo pseudônimo, usato da una persona in modo che abbia acquistato l‟importanza dei nome, puó essere tutelato ai sensi dell‟art. 7." No art. 7º a ação toca a quem se nega o direito ao uso do próprio nome e a quem sofreu prejuízo pelo uso indevido flor outrem O art. 9º não se referiu ao art, 8º, que diz: "Nel caso previsto dailarticolo precedente, lazione puô essere promossa anche da chi, pur non podando ii nome contestato o indebitamente usato, abbia alia tutela dei nome mi interesse fondato su ragioni familiai-i degne d‟essere protette.‟ A doutrina decide que a referência se subentende (E. 8.

Azzariti e G. Martinez, *Diritio Civile italiano,* 1, 222; A. de Cupis, li *Dirino al/idenutá personale,* 168).

Na ação declaratória, há *pronuntíauo,* não *condemnatio* Outra coisa é a ação de condenação específica, que vai além do simples declarar, e na qual, por se tratar de direito absoluto, se apagam atos ou se impõe abstenção a quem ofende o direito. A cominação pode ser antecipada, *e.g.* inserta na citação, ou na sentença, o que corresponde à diferença entre julgamento em cognição incompleta, inicial, e julgamento em cognição plena, final. E inconfundível com a ação de indenização pelos danos, fundada no art. 159.

A diferença principal entre o nome e o pseudônimo é quanto à exigência jurídica daquele. No mais, o pseudônimo, pois que exerce função de identificação, há de ser protegido como o nome. Não é menos ofensa E dizer-se Althusius, pseudônimo de *A,* do que dizer-se A. Atribui-se, ali como aqui, a personalidade de A. A pluralidade de pseudônimos usados não é escusa a isso.

2. *Atividade e uso do pseudônimo; eficácia da averbação.* E preciso que haja atividade tal que se possa conceituar como pseudônimo o nome artificial, para que se estabeleça a lesibilidade do interesse em tê-lo e em usá-lo. A averbação do pseudônimo, que alguém adotou, sem propósito de usá-lo, ou sem que esse propósito possa ser alcançado, é *ineficaz.*

Não é preciso que se junte ao uso a fama, a celebridade, o grande êxito; basta que a confusão, oriunda do uso, possa ser danosa, ou que o seja, para que caiba a acionabilidade O dano e a possibilidade de dano são *quaestiones facti.* A averbação faz presumir que se usa o pseudônimo e que se tem a atividade a que se refere; porém tal presunção é excluível pela prova em contrário. No fundo, apenas se inverte o ônus da prova. A ofensa (inclusive negação) pode ser alegada em ação condenatória especifica, sem se precisar de culpa.

A vinculação do pseudônimo à atividade, de jeito que se ligue a alguma obra (literária, científica, artística, jornalística, de radiodifusão, industrial, ou semelhante), a que seja de interesse atribuir-se autoria, é essencial à sua tutela. A indenização, como a comi-nação, não é fundada no art. 159 (ato ilícito absoluto); o direito ao pseudônimo, se nasceu, é direito de personalidade.

Provando-se que se tem o nome, estabelece-se que se tem o direito a ele. Tal presunção deriva de que o nome é o sinal necessário da pessoa; tem-se direito a tê-lo e tem-se direito a ele (O. Opet, Das Namenrecht, *Archiu 1RT die ciuilistische Praxis,* 87, 387; E. Riedel, *Das BGB.,* 54, e muitos outros; sem razão, C. Schramm, *Das Namenrecht,* 137; Martin lsaac, *Der Schutz des Namenrechts,* 105). Quanto ao pseudônimo, a presunção não existe: é *preciso provar-se o* uso.

3. *Ação de condenação específica.* A ação de condenação específica é intransmissível aos herdeiros do titular do direito ao pseudônimo (não se confunda com as ações do direito patrimonial de autor); mas transmite-se passivamente, se ainda tem razão de ser (W. Offergeld, *Das Pseudonym,* 52). Se houve lesão ao patrimônio (ação do art. 159 ou outra), então a transmissão ativa, nesse ponto, se dá (sem razão, porque não distingue, A. Stúckelberg, *Das Priuatname,* 125; W.

Offergeld, 53). Aliás, a lesão aos direitos patrimoniais de autor, quer no tocante ao nome, quer no tocante ao pseudônimo, pode ocorrer após a morte do titular: ai, a ação é dos herdeiros, como seria, *também,* em vida dele, dos sucessores.

§ 752. Nome comercial

1. *Nome específico e nome comercial (individual).* O nome comercial (individual) é nome *especifico,* instituto de direito comercial, como o nome claustral é nome específico, de direito eclesiástico. (Por isso mesmo, antes de se reconhecer a recepção do casamento religioso, para se lhe atribuir efeito de direito civil, mediante formalidades registrárias, o nome claustral teria entrada no mundo jurídico e, pois, não seria *nada,* juridicamente, porém não seria nome usável em papéis públicos. Depois, tem-se de admitir que, pelo menos aí, tenha essa eficácia jurídica, como nome específico.) Nem firma nem nome claustral são pseudônimos. A firma é o nome comercial da pessoa. Com ela, o comerciante exerce o seu comércio; põe-se em relação com as outras pessoas; assina os negócios jurídicos pertinentes à sua profissão; comparece, ativa e passivamente, em juízo, e perante os poderes públicos. Foi, nos começos, *sinal,* — a imposição da mão; portanto, desde a origem, a firma teve função de identificação pessoal. Assim, desde o século IX, em Portugal (Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, *Elucidá rio,* 1, 329 s.) Quando se comerciava individualmente, o nome (ou o sinal) firmava; quando se comerciava com outrem, juntavam-se os nomes (ou os sinais): *expendere nomem in sim vI* era apor ou dar o nome em comum, até que se adotasse o *signum corporis totius societatis,* o sinal *comum,* abreviado. O nome comercial da pessoa fisica é outro nome, nome especifico, que só se diferença do nome civil, para isso. O nome comercial da pessoa jurídica é o seu único nome, específico em si mesmo. Clovis Bevilacqua *(Teoria Geral do Direito Civil,* 69 s.) reputava ora direito pessoal absoluto, ora propriedade espiritual (direito intelectual, dizia) o direito ao nome comercial, tal como Carlos de Carvalho (artigo do *Jornal do Comércio,* 21 de março de 1891 e 15 de março de 1893; CD 55/177-179; *ROAB,* 13/283-286). J. X. Carvalho de Mendonça *(Tratado,* II, *2,* 148 sã fixou-se em direito pessoal absoluto, o que, para ele e Clovis Bevilacqua, devia ser classe à parte de direitos, ou não sabiam bem o que era (1 X. Carvalho de Mendonça: à p. 147, direito pessoal direito de personalidade, pois “é a doutrina hoje consagrada no código

alemão", referindo-se ao *§* 12 do Código Civil alemão; à p. 148: "A firma comercial, cuja base é o nome civil, caracteriza, individualiza o proprietário do negócio, o comerciante"; "O nome do comerciante não é propriedade"; à p. 149: "O

direito de quem inscreve a firma é meramente pessoal"; Clovis Bevilacqua: à p. 73: "E um direito pessoal absoluto"; p.

74: "...direito sobre coisa incorpórea", "forçoso é admitir que... lhe dão atributos de coisa que não pode deixar de ser incorpórea", "esse direito entra na categoria dos direitos intelectuais"; à p. 68: "Coisas... incorpóreas.., direito ao nome comercial.., direitos intelectuais.., direitos reais ou sobre coisas", o que mostra, se é possível mostrar-se algo em tal bara-lhamento de conceitos, salvo no quadro da p. 69, que o direito ao nome comercial seria, para Clovis Bevilacqua, "direito real ou sobre coisas", da classe dos "direitos intelectuais", ou direitos sobre coisas incorpóreas).

2. *Firma e estabelecimento; crítica a expressões das leis.* O Decreto nº 916, de 24 de outubro de 1890, art. 79, dizia que a firma se ligaria ao estabelecimento e seria suscetível de aquisição; e o art. 10, *§* 2ª, falava da propriedade da firma.

Tais expressões destoavam da ciência e da consciência jurídica do pais e sofreu repulsa na doutrina, que bem assentara não figurar no ativo da casa comercial o nome, nem no ativo falencial, nem poder ser quota social, nem ser desapropriável, nem penhorável, nem cessivel. As regras jurídicas como as do *§* 22 do Código Comercial alemão, do art.

12 do Código Comercial húngaro e do art. 24 do Código Comercial português, permitindo que, com a aquisição do negócio, se adquirisse a firma, refletiam estado bem obscuro da doutrina. O antigo Código da Propriedade Industrial (Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945), se bem que incluísse na proteção da propriedade industrial o nome comercial (art. 39, *b)* —o que, sob a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, art. 119, 1) parte, veio a ser excluído —„

absteve-se de admitir a cessão; e dele não se devia tirar a conclusão de haver assumido, quanto às teorias relativas ao nome comercial, atitude doutrinária. O que se permitia eram as expressões "sucessores de ...", "antigo gerente", "ex-empregado de...", ou outras semelhantes, se ficasse provado o direito de usá-las (Decreto-Lei nº 7.903, art. 111, 39), 3. *Nome comercial, direito de personalidade.* O nome comercial é

direito de personalidade, *nato,* se se trata de pessoa física, inato, se se trata de pessoa jurídica. Designa o comerciante e, até certo ponto, a casa comercial *(eg.,* se se diz "vou comprar na 1 Silva"); mas o direito, esse, só é concernente à personalidade. A designabilidade (fática) do negócio pela firma foi que levou a regras juridicas lamentáveis, em alguns sistemas jurídicos, sobre a cessão da firma, tanto mais quanto a diferenciação precisa do nome comercial e do título dos estabelecimentos só se fez aos poucos. Verdade é que Bártolo, no *Tractatus de insigniis et arm is,* já tinha a firma, *o signum mercatorum,* como nome de pessoa, e não de coisa, —*ad agnoscendum homines.* A discussão doutrinária revelava que nos próprios costumes havia confusão. Quando E. 1. Bekker (Zweckvermágen, *Zeitschrift fOr das gesamte Handelsrecht,* IV, 499 sã lançou a sua teoria do "patrimônio destinado a fim especial", tentava salvar a indistinção reinante entre a casa e o dono. O negócio, e não o negociante, teria o nome; portanto, poderia ser transferido com ele. Como nome, a firma não teria existência autônoma. Seria penhorável, como seria alienável. O Código Comercial alemão e a indistinção corrente levaram à teoria do direito das coisas imateriais *(Immaterialgtiterrecht),* direito de gozo, e não só de proibição (J. Kohler, *Handbuch,* 76), absoluto, análogo ao direito de propriedade (sobre coisas materiais). Aí ficou, como se o Código Comercial brasileiro contivesse a concepção alemã, húngara e portuguesa, Clovis Bevilacqua. A teoria da propriedade continuava a sua trajetória, apenas qualificando-se ou deixando margem a algo *como* a propriedade. A teoria do nome comercial como direito de personalidade encontrava os obstáculos daqueles códigos e o argumento de não ser inato o direito ao nome comercial e poder acabar antes de acabar a pessoa, argumento, esse, que só seria decisivo se fosse verdadeira (e não no é) a tese de serem inatos todos os direitos de personalidade.

4. Nome *das pessoas jurídicas.* O nome das pessoas jurídicas, inclusive das sociedades por ações, é meio de identificação pessoal; portanto, o direito ao nome é direito de personalidade (ainda quando a lei permita, sem descontinuidade dessa, a trocar ou alterar o nome). Direito de personalidade inato: ainda quando alguma lei permite mudar-se ou alterar-se o nome, — não há pessoa juridica sem nome.

§ 753. Direito ao nome de coisa

1. *Nome das coisas.* As coisas também podem ter nome individual. Se o

têm e se ele entra no mundo jurídico, ou o direito, que se irradia desse fato jurídico, é assubjetivado, ou é subjetivado. O titular é sempre o dono da coisa, ainda quando se trate de exposição em que o expositor de coisas alheias lhes dê nomes, salvo estipulação em contrário entre expositor e dono. O nome de espécie, como o das marcas de produto ou serviço, de certificação e coletivas, só excepcionalmente entra no mundo jurídico. Os de gênero ("sinal de caráter genérico", diz o art. 124, VI, da Lei nº.279, de 14 de maio de 1996), nunca. Se o nome entra no mundo jurídico e o interesse em mantê-lo é apenas protegido *objetivamente,* só a ação do art. 159 pode ser intentada. Se éapenas elemento fático do exercício do direito de propriedade, esse direito é que é ferido. Se entra no mundo jurídico, e do ato-fato jurídico da imposição e, provavelmente, imposição e registro resulta direito subjetivo, a tutela desse é, como de ordinário, conforme a espécie.

2. *Propriedade intelectual e propriedade de títulos de periádicos.* Tem havido grande confusão, com prejuízo à ciência e àjustiça, entre propriedade literária ou científica e propriedade de título de periódicos literários e científicos. O livro é protegido como livro *(=* o que nele está escrito), e não em seu titulo. O título do livro designou-o; não há, todavia, direito a título do livro, posto que a proteção à obra intelectual abranja o titulo dela, se original e inconfundivel com o de obra do mesmo gênero, anteriormente divulgada por outro autor. O titulo dos periódicos, esse, sim, étutelado como titulo, porque o conteúdo do periódico é variável e só o titulo o identifica. Fora daí, o direito ao título do livro é direito assubjetivado; se o uso culposo do título por outro livro causa dano ao que antes usou dele, tal dano é ressarcível. Não tem o autor a tutela dos direitos absolutos; o titulo da obra não é propriedade literária, nem artística, nem científica, nem industrial. O título de obra pode ser tutelado, se é o título do estabelecimento; mas, em tal caso, o que se protege, subjetivamente, é o título do estabelecimento. Qualquer escultor pode fazer a sua *Pensée;* qualquer músico, compor o seu *Aprês-midi d'un faune.* Como, antes de Racine, se escreveu sobre *Fedra,* outros escreveram e podem escrever tragédias do mesmo título. A despeito de já ter havido tantos *Faustos,* Goethe escreveu o seu, que foi o maior deles.

§ 754. Direitos oriundos de exercício de liberdades

1. *Direitos inatos e direitos natos.* Quando o suporte fático, em que um

dos elementos objetivo é o ser humano, ou a entidade criada pelo homem, entra no mundo jurídico, e surge a *personalidade,* alguns direitos se irradiam como efeitos desse fato jurídico, sem ser possível pré-exclusão ou eliminação deles (direito à vida, à integridade física e psíquica, à saúde, à verdade, à liberdade, àhonra, a ter nome, à autoria das obras), sendo em maior número os que tem a pessoa física. Alguns deles dependem de fato postenor ao nascimento, como o direito ao nome e o direito autoral de personalidade (direitos não-inatos). A possibilidade de direitos de personalidade natos é que produz obscuridade, a respeito de certos direitos que emanam de fatos pessoais sem serem direitos de personalidade. Tem faltado à ciência suficiente análise de tais relações jurídicas, nas fronteiras de direitos de personalidade e de direitos que surgem com o *exercício* daqueles. No entanto, sem a separação deles, dificilmente se vê claro, no campo de pesquisas.

2. *Direitos oriundos do exercício das liberdades.* Os direitos oniundos do exercício das liberdades são direitos natos. Se são absolutos ou relativos, se são de personalidade ou não, não há resposta *a priori;* depende de cada espécie, que se examine.

§ 755. Direito a velar a intimidade

1. *Intimidade e invasão pelos sentidos alheios.* Cada um tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros. Não pode A, de fora de casa, usar binóculo, para esguardar o que se passa no quarto de dormir de B, ou no escritório de C, ou no interior da fábrica de D. E certo que o direito à liberdade de domicílio não vai até aí; nem sempre só se viola o direito de personalidade à liberdade de domicílio, nem é preciso que se viole a esse. Pode dar-se a violação do direito a ocultar o seu próprio corpo, que se inclui no de liberdade física, ou a violação do direito ao segredo das relações comerciais, ou do direito patrimonial de autor (maneira de se executar, na fábrica, certa fórmula). Não há divida que em todos esses casos há algum *interesse* no segredo; o segredo entra, apenas, como um dos elementos do suporte fático do ato lesivo. Daí não se pode, todavia, concluir, sem mais, que exista direito à intimidade, autónomo, nem, *a fortiori,* que exista direito de personalidade à intimidade. O argumento maior a favor da existência dele é o de que — se não se trata de crime de ação pública, ou de

crime de ação privada, que tenha sido intentada — não há direito à verdade, nem prova da verdade, como defesa nas ações concernentes à difamação e àinjúria; e — portanto, diz-se — há direito ao segredo. Seria independente da ofensa à honra, ou ao decoro. Outro argumento: a pessoa retratada é que pode apreciar a difusão de seu retrato, tomado em posição inconveniente, ou em companhia inconveniente. Ora, essa apreciação é julgamento, e não pura comunicação de vontade: não lhe seria permitido opor-se à publicação somente porque *quer.* Se a publicação ou exposição é sem propósito de identificação, o consentimento é de exigir-se; todavia, ai estamos fora do problema, pois, no problema, *ex hypothesi,* devemos supor que a publicação, ou exposição, se fez *sem* violação da identidade pessoal *(aliter,* seria ofensa ao direito de personalidade à imagem), isto é, com a exata função identificativa. O problema, *precisamente,* é o seguinte: sem haver dano, ou ofensa a algum direito absoluto, apode o retratado proibir a publicação ou a exposição do seu retrato? Se pode, sem ter de alegar razão (motivo) para isso, existe direito à publicação ou exposição; e, pois, a consentir ou não consentir na publicação ou exposição de imagem. Dizer-se que se pode opor à publicação ou exposição, *se há inconveniente,* já seria dar-se alguma razão. O interesse, que se fere, está no suporte fático de outro ato ilícito que o da lesão àquela exclusividade. Posto, assim, em termos claros o problema, é fácil resolvê-lo.

2. *Limitações ao direito de velar a intimidade.* Todos têm o direito de manter-se em reserva, de velar a sua intimidade, de não deixar que se lhes devasse a vida privada, de fechar o seu lar àcuriosidade pública; todavia, esse direito sofre *limitações, a)* Se A tomou parte em acontecimentos que se passaram na sua intimidade, ou outrem foi o agente, havendo interesse de maior relevância na revelação dessa intimidade, até certo ponto, ou b) se A mesmo consentiu em que se desvelasse essa intimidade, — o seu direito não existe. Não existe, porque todo direito é efeito de fato jurídico; todo fato juridico supõe suporte fático. No suporte fático está o elemento “intimidade”; se A consentiu em que se lhe devassasse a vida privada, a intimidade deixou de existir: o consentimento atuou como pré-excludente. Se A praticou crime, em lugar íntimo, pré-excluiu a entrada desse lugar, como íntimo, no suporte fático, que, indo ao mundo jurídico, produziria o direito, a pretensão ou a ação de defesa da intimidade. Por onde se vê que, livre, o homem toma a atitude de velar, d e ocultar, de intimizar, ou essa atitude corresponde a dever (e.g., Código Penal, ad, 233). Onde a intimidade não lhe é imposta e, pois, a sua vontade de recolhimento coincide com a regra de lei escrita ou

costumeira, a pessoa mesma a traça, dentro do que é a sua liberdade. Não se pode pensar em intimização voluntária, sem se aludir a que se exerce liberdade de fazer e de não fazer.

3. *Direito a velar a intimidade e liberdade de fazer e de* não *fazer.* O direito a velar a intimidade é, portanto, efeito de exercício da liberdade de fazer e de não fazer: há quem possa não revelar, porque há quem pode não fazer; é a liberdade que está à base disso. Essa liberdade é que pode ser direito de personalidade inato; o direito a velar a intimidade provém dela, como o direito ao sigilo provém da liberdade de se não emitir o pensamento ou o sentimento. O que está em contacto imediato, inato, com a personalidade é o pensar, é o sentir, é o agir; não o segredo, o velamento.

Se existe direito a esses, é porque há liberdade de emitir e de não emitir, de fazer e de não fazer. Exerce-se aquela, estabelecendo-se o segredo, expressa, tácita ou presumidamente, ou desvendando-se; exerce-se essa, velando-se o que se passa na intimidade, ou expondo-a ao público. As limitações à intimidade e as limitações à renúncia a ela são, por conseguinte, concernentes à liberdade mesma: todos têm de respeitar mínimo de intimidade (não se pode andar nu, de público, ou em lugar em que possa ser vista a pessoa; nem podem ser de público certos atos corporais) e ao mesmo tempo ninguém pode ser privado de tal mínimo de intimidade (a penetração na vida privada, com inquéritos e buscas, somente se permite nas espécies previstas em lei).

4. Direito á intimidade e inviolabilidade do domicílio. O direito *à* intimidade não se confunde com a inviolabilidade do domicilio; mas pode estar *envolvido* por essa. Se A permite a E que entre na sua sala de visitas, não permitiu que lhe abrisse gavetas e lesse o que lá está guardado. A ofensa foi à inviolabilidade do domicilio e à intimidade; porque a permissão para estar na sala de visitas não se estendia à abertura de gavetas. Se E olhou pelo buraco da fechadura, para ver o que se passava na sala contígua, igualmente ofendeu a inviolabilidade do domicilio e a reserva da intimidade. O

uso de binóculo, para se ver o que se passa noutra casa, não étido como crime. Todavia, há ofensa ao direito de velar a intimidade, se somente com binóculo se poderia ver o interior da casa, ou se, para isso, se colocou a pessoa em lugar não-habitável (e.g., telhado, beirada de parede, chaminé).

Se A, escrevendo romance, insere cenas e elementos identificativos tais que se reconheça no personagem E a pessoa C, de modo que *publique* o que deveria ser íntimo, viola o direito àintimidade (cf. J. Kohler, *Urheberrecht cm Schriftwerken,* 445). Também pode haver violação de direito a segredo na publicação de doação, ou no prêmio de loteria, ou na revelação do anonimato, ou de pseudônimo jornalístico; porém, aqui, a violação do segredo resulta de se ter estabelecido, negocialmente, o dever de segredo, — não se confunde com o direito à intimidade, *mais próximo á pessoa.*

Na biografia do homem vivo, o biógrafo não pode ir além do que escaparia à injúria ou à difamação, nem além do indispensável, ou cientifica ou literariamente proveitoso, à exposição de fatos da vida e sua explicação. Nem usar de narrativa romântica, chistosa, ou dramática, que seja supérflua (K. Specker, *Die Persõnlichkeitsrechte,* 267 s.), ou injuriosa, difamatória, caluniosa, ou fora de propósito. E preciso ter-se sempre em vista o interesse mais relevante, se o há: o valor científico, artístico, literário, pode superar o interesse da intimidade. O interesse da senhora, ou da senho -

rinha, em que se lhe não divulgue a sua idade não basta a que se tenha por violação do direito à intimidade o publicarem-se tais idades (sem razão, Ferrara-Santamaria, II Diritto alIa illesa intimità privata, *Rivista di Diritto priva to,* VII, 1, 184 s.); ação só lhe nasceria, se outro direito, que o direito à intimidade, fosse ferido *(e.g,* honra, verdade).

5. *Correspondência fechada.* O direito ao sigilo da correspondência fechada, ainda quando não resulta de intimização (confidencialidade), existe como direito absoluto. O escrito, a carta ou a obra, se está em sobrecarta, ainda não se separou suficientemente da pessoa ou não se concebeu como separável, de modo que se tem como irradiação da personalidade; e está *in trans itu* para outra pessoa. É direito de personalidade: não pode ser alienado, nem érenunciável.

O assunto merece esclarecimentos.

A correspondência epistolar (cartas, missivas, contas etc.), dá ensejo: *a)* ao *direito de autor,* que tem o emitente-autor, se a carta tem valor literário, ou científico, ou artístico; b) ao *direito de propriedade* da coisa móvel, cujo valor pode ser nenhum, ou alto, sendo titular dele o emitente e, após a remessa, o destinatário (a correspondência enviada é propriedade, *in trans itu,* do destinatário); *c)* o *direito ao sigilo da*

correspondência epistolar, que compete ao emitente e ao destinatário, — só àquele, até à remessa, e àquele e a esse, desde a remessa. No direito ao sigilo da correspondência, de fontes históricas, abstrai-se de confidencialidade, razão por que se protege o segredo sem se inquirir da intimidade do assunto.

a) Para que exista direito de autor, é preciso que a carta contenha obra do espírito (valor cientifico, artistico, literário, industrial). Donde nem sempre existir direito autoral: o que existe, *sempre,* é a ligação do escrito a quem o escreveu (autenticidade), elemento fático de suma importância para o direito à verdade e suscetível de tutela juridica declarativa (Código de Processo Civil, art. *49,* 1 e II). O *direito à autenticidade é* que é *direito de personalidade,* projeção dos direitos à identidade pessoal sobre as obras do espírito e do trabalho físico.

b)

O direito de propriedade da correspondência epistolar não se transmite ao destinatário, se o remetente estabeleceu, na própria epístola, que o destinatário a restituiria *(=* lhe restituiria a posse), ou que a destruiria. Tal estipulação é ineficaz, se a carta, em si, tem maior interesse para o destinatário do que teria para o remetente a restituição, ou destruição *(e.g.,* a carta ofende a honra de E, destinatário, ou prova que E pagou certa dívida de que não obteve a quitação devida). Seja como for, o destinatário somente é proprietário da carta por aquisição derivativa: o remetente transfere, em negócio jurídico abstrato, a propriedade da correspondência epistolar.

c)

O direito ao sigilo epistolar pertence ao remetente enquanto não remete a epístola, e a ele e ao destinatário, desde que se fez a remessa. Problema extremamente delicado é o de se saber se esse direito é direito de personalidade, ou não.

Até aqui, tem sido obscurecido pelos argumentos que invocam a renunciabilidade ao sigilo e outros fatos particulares, que destoariam dos direitos de personalidade. Não se prestou atenção a que direito ao sigilo supõe liberdade de não emitir o pensamento ou o sentimento, direito, esse, intransmissível e irrenunciável; nem a que, oriundo de exercício de liberdade, o direito ao sigilo é direito até quando não se exercite em sentido contrário ao sigilo a liberdade de que ele provém.

Direito de personalidade, a respeito de sigilo da correspondência, é, fora de dúvida, a *liberdade de* não *emitir* o pensamento *para todos* ou *além de certas pessoas.* Dessa liberdade nasce o direito ao sigilo da correspondência, porque se exerce aquela. Portanto, da liberdade de se não emitir o pensamento irradia-se o direito ao sigilo. Supõe-se exercido esse direito sempre que se escreve carta destinada a uma, ou algumas pessoas, determinadas, ou determináveis *(aliter,*

"cartas abertas"); exclui-se tal exercício, se da própria carta, ou das circunstâncias, se há de concluir que se não quis o sigilo, ou que não se reputaria *ofensiva* ao destinatário ou destinatários a divulgação ou a comunicação.

O

fundamento do poder de consentir, que tem o remetente da correspondência, está em que tem ele liberdade de fazer e de não fazer, de emitir e de não emitir os seus pensamentos ou sentimentos. Para que se não deixasse à mercê de verificações *in casu,* que "comunicariam" o segredo *(=* que o desfariam), a pretexto de se lhe comprovar a existência, postulou-se a confidencialidade geral da correspondência, assegurando-se-lhe, *in abstracto,* a inviolabilidade. Postulou-se a confidencialidade geral; entenda-se: abstraiu-se da confidencialidade *in concreto.*

Quando o emitente da carta permite que se lhe dê publicidade, deixa de exercer o seu direito de sigilar. Quando a pessoa fornece ao biógrafo pormenores da sua vida intima, ou permite que esse a observe de perto, deixa de exercer o seu direito àintimidade. Quando a pessoa publica o seu diário, exerce a sua liberdade de emitir o pensamento ou sentimento, ou deixa de exercer a sua liberdade de não emitir o pensamento ou sentimento. Nem o sigilo é essencial à correspondência, ou ao diário, ou à autobiografia, nem a intimidade velada o é a atos que não são, por sua natureza, pudendos.

6. Titular do direito ao segredo epistolar. O direito ao segredo epistolar compete ao remetente e ao destinatário. Se só um permite a exposição ou publicação, ainda não se pode expor ou publicar a carta. Para que um deles, só, possa expor ou publicar, é preciso que, quanto ao outro, algo tenha ocorrido, que preexcluiu a contrariedade a direito da exposição ou publicação; *e.g.,* se se tem de fazer prova contra ele. O segredo opera para todos; o direito ao segredo é absoluto: terceiros

não podem expor ou publicar a carta, sem que remetente e destinatário permitam. O fundamento para que se exija, além do consentimento do remetente, o consentimento do destinatário, está em que pode aquele ter referido, na cada, fatos, sentimentos e pensamentos do destinatário, a respeito dos quais tenha ele direito a velar a intimidade, ou que, segundo o costume e o teor da civilização, devam ser reservados. Já em 1906, 3. Kohler *(Urheberrecht an Schriftwerken, 444)* o frisara. Se ocorre, de fato, não haver qualquer interesse do destinatário na vedação da exposição ou publicação, nem por isso se lhe dispensa o consentimento. Pode dar-se que o remetente precise de expor (incluída a exibição em juízo), ou de publicar, a carta que escreveu, e o destinatário não lhe dê o consentimento: os caminhos, que tem o remetente, são: *a)* a *ação de exibição,* pois à ação *ad exhibendum* basta algum bis (cf. L. 19, D., *ad exhibendum,* 10, 4: "Podem intentar ação *ad exhibendum* todos aqueles a quem interessa. Mas alguém consultou:

~poderia ele mover essa ação para que se lhe exibissem as contas do seu adverso, que muito lhe interessava fossem exibidas? Respondeu-se que se não devia interpretar com falsidade o direito civil, nem (só) se captarem as palavras *(neque verba captari),* mas ser conveniente ter-se em conta com que intenção algo se dissera *(qua mente quid diceretur).*

Porque, com tal razão *(illa ratione),* também o estudioso de alguma doutrina poderia dizer ser de seu interesse que se lhe exibissem tais e tais livros, pois, se lhe fossem exibidos, após os haver lido, mais douto e melhor seria"); *b)* a ação de preceito cominatório (Manuel Mendes de Castro, *Practica Lusitana,* 1, 163, com a cominação final em sentença, ou antecipada em decisão (Código de Processo Civil, arts. 273 e 461). O juiz examina, desde logo (e.g., pela cópia), se há interesse que supere o do sigilo, ou o consentimento do destinatário. Se há correspondências de três ou mais pessoas, entrelaçadas, de modo que a carta, de uma a outra, aluda, ou cite, ou transcreva a de terceira pessoa, o consentimento dessa é de exigir-se, porque a dispensa importaria em se lhe negar o direito ao sigilo. Além da *epístola continuativa* (J.

Kohler, Das Recht an Briefen, *Archiu fUr Búrgerliches Recht,* Vil, 103 s.), há a *epístola com pluralidade de destinatários,* ou pluridestinada, a *epístola pluriconfidencial,* isto é, a um só destinatário porém pessoalmente extensiva *(=* para mostrar a terceiro), e a *epístola em correspondência entrelaçada,* de que se fatou.

7. Quando cessa o direito ao sigilo. O direito ao sigilo cessa se falta, no suporte fático do ato-fato jurídico de sigilar (ato-fato juridico, tanto

que o louco, o surdo-mudo que não pode exprimir a vontade e o menor de dezesseis anos podem estabelecer o segredo da correspondência), a *negação* de emissão ou publicação. Chegamos, assim, a poder explicar, de maneira científica, o direito ao sigilo: é direito de personalidade *nato;* quando se exerce a liberdade de fazer e de não fazer, ou a de emitir ou não emitir o pensamento, a intimização, ou o segredo, que resulta do ato-fato do exercício de tais liberdades, é objeto de direito à intimidade ou de segredo. O direito ao segredo é o efeito do ato-fato jurídico, em cujo supode fático está o ato-fato do exercício da liberdade de não emitir o pensamento ou os sentimentos. O direito a velar a intimidade é o efeito do ato-fato jurídico, em cujo suporte fático está o ato-fato do exercício da liberdade de fazer e de não fazer.

O

direito ao sigilo também cessa quando outro direito mais alto está à frente dele. Quase sempre isso ocorre se a coisa sigilada é meio de prova do direito mais alto. O remetente pode usar da cópia da cada enviada, ou da cópia do telegrama, radiograma, ou fonograma, ou pedir a exibição, sempre que seja para a tutela de direito *mais alto.* Seria ao mesmo tempo insuficiente e demasiado dizer-se "pode usar para provar fato ilícito" (e.g., A. de Cupis, *1 Diritto della personalitâ,* 129): o segredo pode ser mais importante do que o interesse que o ilícito, absoluto ou relativo, fere. Não se compreenderia que se exibisse a carta que se refere àfórmula do segredo químico, ou físico, porque o remetente, não-autor dela, ou não-titular do direito a ela, afirma que nela está a resposta à sua oferta, com restrições (art. 1.083). Se separável a parte, pode permitir-se a exibição, velada a outra. Nem se pode pensar diferentemente no direito penal, pois o art. 233, parágrafo único, do Código de Processo Penal só se refere ao destinatário.

O direito do destinatário ao segredo da correspondência pode achar-se diante do direito de autor que toque ao remetente, se O conteúdo se presta a tal figura jurídica. Aquele é que se atende, salvo se não há confidencialidade in *concreto* e se o remetente retira, na publicação, a destinação (argumento: o remetente pode-ria tê-la endereçado *também* a outrem). O

direito do destinatário ao segredo não é ofendido (pré-exclusão da contrariedade a direito), se a exposição, ou publicação, é indispensável a direito mais alto: à vida, à integridade física e

psíquica, à verdade, à honra, em juízo contra o remetente (direito à verdade).

Quanto ao destinatário, pode ele, em princípio, utilizar a correspondência para a tutela de direito mais alto. Tem-se entendido que pode, *sempre,* ser utilizada como prova contra o remetente (Jules Valéry, *Des Lettres missives,* 243). Mas essa solução, discutível em direito penal, pois há, no Código de Processo Penal, o art. 233, parágrafo único ("As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário"), não no é em direito civil: se o segredo é de maior importância e inseparável do resto de carta, ou não há dever de exibição, *ou* a parte mesma acarreta com a cominação do art. 359 do Código de Processo Civil. Na Lei nº

9.610, de 19 de fevereiro de 1998, há o art. 34, que diz: "As cartas missivas, cuja publicação está condicionada à permissão do autor, poderão ser juntadas como documento de prova em processos administrativos e judiciais." A 1ª

parte concerne ao direito de autor e ao direito ao segredo; a 2ª, à não-contrariedade a direito, se há necessidade de prova, *a favor do destinatário.*

8. *Viola ção sem ser para publicação.* A violação da correspondência, sem ser pela publicação, ou pela exposição, atinge o direito ao sigilo; não ao direito de autor, se o há. A exposição ou publicação é que viola a esse. Não se precisa alegar e provar culpa, num e noutro caso, para que se tenha a tutela jurídica. Trata-se de direitos absolutos. A lei penal pune o conhecer *(=* "devassar") o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem (Código Penal, art. 151), o divulgar, indevidamente, ou transmitir a outrem, ou abusivamente utilizar comunicação telegráfica, ou radioelétrica, dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas (art. 151, *§* 1ª, II), e o abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercia!, ou industrial, para, no todo, ou em parte, desviar, sonegar, subtrair, ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho o seu conteúdo (art. 152). Cumpre notar que a tutela *penal* da inviolabilidade da correspondência é independente de ter sido exercido ou não, o direito de sigilar (cf. V. Manzini, *Trattato di Diritto Pena le,* VIII, 739): não é preciso que a correspondência seja, em si, confidencial; nem perde o seu caráter de correspondência epistolar a

sobrecarta, dirigida a alguém, fechada, ou não, que contém apenas objeto expressivo (fotografia, tufo de cabelo, anel, dinheiro, página de livro, recorte de jornal), desde que se trata de objeto que *pode* traduzir pensamento, vontade, ou sentimento.

9. O *que se entende por manifestação em segredo.* O segredo da correspondência também abrange o telegrama, o radiograma, o fonograma (nota escrita para ser transmitida ou entregue ao destinatário) e o telefonema. Quem escuta o que alguém está a conversar no telefone, ou lê o telegrama, ou o radiograma, a ser transmitido, ou a ser entregue, ou fonograma, que vai ser transmitido, ou vai ser entregue ao destinatário, viola a correspondência. Bem assim, o que abre e lê o telegrama, ou radiograma, ou fonograma, já em mãos do destinatário, ou de outrem, por perda ou por ato de confiança, ou quem os lê ainda em mãos do remetente, ainda se esse não mais tem intenção de os remeter. A figura penal (não a civil) apenas exige plus, se não estava fechado o envoltório, — a *utilização abusiva,* ou a *transmissão a outrem,* ou a *divulgação* (Código Penal, art. 151). O que, em qualquer das espécies acima, não lê, mas dá a outrem a ler, ou a destruir, ou destrói por si mesmo (utilizando-se ou não), o telegrama, radiograma ou fonograma, viola a correspondência; bem assim, quem capta conversação telefônica entre outras pessoas, ou quem ouve, ainda sem a captar, e a divulga, ou transmite a outrem, ou a utiliza abusivamente (Código Penal, art. 151,11). No direito civil, não se requer dolo ou culpa, por ser absoluto o direito, ainda quando haja comunhão do segredo (cp. Código Penal, art. 152).

10.

Se há disponibilidade do direito ao segredo. Tem-se discutido e alguns juristas têm afirmado a disponibilidade do direito ao segredo, porque se pode dar o *consentimento* para a exposição ou publicação. A questão, de si só, revela quão fracos eram os alicerces em que tais juristas erguiam as suas construções. O sigilo provêm de exercício de direito à liberdade; e todos sabemos que alguns direitos se exercem por meio de negócios jurídicos formativos ora por atos jurídicos *stricto sensu,* podendo ser tácita, ou presumida, a declaração de vontade, ou por tácitos ou presumidos os atos-fatos jurídicos. A inércia volitiva, que mantém o segredo, pode cessar; se cessa, a sigilação só existiu até esse momento: a proibição de não divulgar, ou devassar, termina; o

suporte fático, a que se pré-exclui o elemento vedativo, expresso, tácito, ou presumido, não mais entra no mundo jurídico como fato jurídico de que irradie o direito ao sigilo. Falar-se de renúncia ao direito ao sigilo entender-se-ia, se melhor não traduzisse o que se passa a pré-exclusão do elemento do suporte fático. Falar-se de *disposição* é absurdo (e.g., V. Manzni, *Trattato di Diritto Penale,* VIII, 762; A.

de Cupis, *1 Diritti della personolitá,* 130). Também no direito penal, é no próprio mundo fático que se opera a eficácia do consentimento; se foi permitido a alguém abrir a correspondência, ou divulgá-la, o crime não se compôs. Com esse ato, o titular do direito à liberdade deixa de exercer ou cessa de exercer esse direito, não o direito ao sigilo, que é efeito e não se produziu por falta da causa, ou cessou por ter cessado essa. Não pode haver renúncia ao direito de liberdade de velar o pensamento ou os sentimentos: é irrenunciável tal direito, como direito de personalidade, que é. Pode haver renúncia ao exercício dessa liberdade: bastaria permissão na própria carta, ou em instruções. Se não na houve, o crime ou o ato ilícito se compôs; somente se pode cogitar de renúncia à pretensão ou à ação.

11. *Morte da pessoa que escreveu a carta, ou gravou o disco ou filme.* Com a morte da pessoa, que escreveu a carta, ou gravou o disco, ou filme, cessa o direito ao segredo. Todavia somente cessa *para o que morreu,* remetente ou destinatário. Quanto ao remetente premorto, não se transmite o seu direito; porque terminou com a morte. Diga-se o mesmo quanto ao destinatário premorto. Se morreram os dois, e não há outrem com direito ao segredo, somente pode ser tutelado, com o direito à honra, ou à verdade, o direito ao sigilo; e titulares, por direito próprio e originário, são o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão (Código Penal, ml. 100, *§ 4ª).* Todavia, se o segredo é tal que tenha valor patrimonial, os herdeiros do remetente ou do destinatário têm direito ao segredo, como incluso no seu direito patrimonial. Quem quer que divulgue, "sem justa causa", conteúdo de documento particular, ou de correspondência confidencial (aqui, a confidencialidade é elemento do suporte fático do ato ilícito), de que é detentor, comete ato ilícito civil e crime (cf. Código Penal, art. 153).

12. *Diários, memórias pessoais ou familiais e confissões.* Os diários, as memórias, pessoais ou familiais, e as confissões têm o seu âmbito de sigilo: são unilaterais, no sentido de escritos que, por sua natureza,

não se remetem a outrem; a comunicação abre, excepcionalmente, aquele âmbito, sem que se dê a bilateralidade ou plurilateralidade. Assim, se A dá o seu diário, ou as suas memórias, ou as suas confissões a 8, para que leia todo o conteúdo, ou parte dele, B não precisa consentir, se A quer expor ou publicar tais escritos; nem 8 os pode reter, nem pedir que os dê, de novo, à leitura, nem, tampouco, que se lhe exibam. Diários, memórias ou confissões só se bilateralizam ou pluralizam quando duas ou mais de duas são as pessoas que escrevem, sem separação do conteúdo. Qualquer terceiro, por mais referido que seja o seu nome, ou referidos os fatos concernentes a ele, não tem direito ao sigilo epistolar. Pretendeu que o tivesse E Gény *(Des Droits sur les lettres missives,* 1, 223); mas sem razão: os direitos dos terceiros são outros, *e.g.,* o direito à verdade, o direito à honra, o direito de velar a intimidade, — não o de sigilo epistolar.

13. *Segredo em livros e outras obras* sem *direito a segredo.* O segredo quanto a livros e outras obras, em que não haja memória pessoal, ou confissão, ou algo de íntimo a pessoa, ou não sejam, de si mesmos, de se ocultarem, não é de confundir-se com o segredo que resulta do direito a velar a intimidade. Não se pode estender a essas obras o que o direito estabeleceu, através de lutas históricas, quanto à correspondência (cf. Constituição de 1988, art. 5Q, XII, 1ª parte; Código Penal, arts. 151 e 152), nem o que se refere a peças confidenciais (Código Penal, art. 153): o sigilo in *abstracto* e o sigilo pela confidencialidade nada têm com o guardar, em segredo, a obra sem elementos íntimos. O segredo das coisas não-íntimas pode ser somente contido nos poderes que resultam do direito de propriedade (sou dono da jóia, e não quero que se saiba disso), inclusive literária, artística, ou científica, ou industrial. O poder de deixar inédito (direito potestativo) contém até certo ponto esse direito de segredo, pois que se não permite publicar, reproduzir, multiplicar, ainda que se confie ao editor, ou a outrem, a leitura do original, ou o exame da obra. Se essa pessoa, que lê, ou examina, comunica a outro o conteúdo, causando dano a alguém, o seu crime é o do art. 154 do Código Penal. Muito diferente é o da pessoa quando, recebendo sobrecarta que contém manuscritos, destinada ao mesmo autor *(e.g.,* de outro escritor, para obter prefácio), a abre (Código Penal, art. 151). Temos, assim, o sigilo da correspondência e do confidencial ou íntimo, que são conteúdo de direitos de personalidade, o sigilo conteúdo de direito patrimonial do autor, sigilo que pode só existir para o público, e não para as pessoas que o autor confie. Se o autor permitiu (a quem o quisesse) ler o manuscrito do seu livro, no salão da biblioteca, nem por isso o editou: continua inédito. Bastaria tal circunstância para

mostrar que o poder de não editar (dito direito de inédito) e o de manter em segredo a obra confidencial são distintos, se bem que ambos sejam manifestações do direito patrimonial do autor. Se há intimidade a velar-se, o direito de personalidade está à frente e tem a sua tutela própria. Se o autor publica em jornais a obra, exerceu, só em parte, o seu direito de edição, porém não há mais segredo. Nem segredo há se imprime, apenas, alguns exemplares de obra não-íntima e os expõe à venda, ou à subscrição de quem quer que seja. Não assim, se tira poucos exemplares, com o nome do proprietário de cada um, e a indicação "edição secreta", ou "para leitura apenas de . Se a obra éíntima, o direito de personalidade está à frente. Quanto ao segredo e ao inédito, por se tratar de obra inacabada, ou que o autor não entende digna de se publicar, ou com defeitos a serem corrigidos, também não se pode, *a priori,* dizer que só está em causa o direito patrimonial de autor. Há momento, por exemplo, em que o autor reputa não-identificável como obra sua o que fez; antes disso, a revelação dela como sua, ainda entre duas ou mais pessoas, contra a sua vontade, é violação do seu direito (de personalidade) à verdade. A revelação dela, como sendo obra ou escrito destinado à assinatura do autor, não viola o direito à verdade, mas pode violar outros direitos.

14. *Transmissão oral ou gesticular.* O segredo oralmente ou gesticularmente transmitido também é interesse tutelado.

Se A comunica a B algo, sob segredo, e B o comunica a C, ou o divulga, B responde pelo dano que, comunicando a C, ou divulgando, cause a A, ou a D, se teve culpa (art. 159). Não há todavia, direito absoluto ao segredo oral ou gesticular.

Pode haver o direito à prestação negativa, oriundo de negócio jurídico. Tal éo caso do sócio, ou do empregado, ou do comuneiro, que, em virtude da situação jurídica, se inteira de segredos que não constam de correspondência. O direito penal desinteressa-se, *de lege lata,* de toda a tutela penal em caso de segredo confiado, *sem ser necessário fazê-lo* (função, ministério, oficio, ou profissão do confidente): somente inclui entre os crimes revelar alguém, "sem justa causa", segredos, de que tem ciência, em razão de função, ministério, ofício, ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem (Código Penal, art. 154). No direito civil, cabem a ação de indenização (Código Civil, art. 159), a ação de abstenção e a de preceito cominatório (Código de Processo Civil, arts. 287 e 461, e.g.). E preciso notar-se que o segredo profissional pode nada ter com a pessoa; ser a respeito de bens. Aí não se pode pensar em qualquer ligação à

personalidade, ainda secundária. Por exemplo: segredo profissional quanto às mercadorias, aos materiais de construção, aos fichários de fregueses, a métodos de trabalho, ou à procedência de artigos.

15.

Agências de informações e de investigações. As agências de informações, ou de investigações da vida pública ou privada, são permitidas. A primeira vista, a atividade de tais empresas parece chocar-se com o direito a velar a intimidade e com o direito ao segredo. Primeiro: quanto ao direito a velar a intimidade e quanto ao segredo, — o direito mais alto, que se invoque para a pesquisa, justificaria de si só tal atividade, nos limites em que fosse necessário e não descendo a esfera que deve ficar acima de investigações, inclusive policiais e judiciárias. Segundo: a própria esfera, que deve ficar acima de investigações, pode estar excepcionalmente acessível à investigação, no que concerne a direito da pessoa que a pede, ou à tutela assegurativa de algum interesse mais alto *(e.g.,* a transmissibilidade de doença do noivo ou da noiva, cf. R. Schultz-Schàffer, Das *subjektive Recht,* 1, 239; a existência de relações sexuais adulterinas do marido ou da mulher; a vida pregressa da pessoa com quem alguém se vai casar). Em princípio, toda a vida patrimonial é investigável (H. Giesker, *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphàre,* 176), se não se viola domicilio, ou correspondência, ou não se comunica a E o que A confiou à agência. A revelação das informações da agência, por ela, a outrem que o interessado, que as possa pedir, ou por esse a não-interessados, expõe aquela e essa às conseqOências da violação do direito a velar a intimidade, ou do direito ao sigilo da correspondência, ou do segredo oral ou gesticular Inclusive em se tratando de captação oculta, com fio ou sem fio. Outrossim, respondem a agência e o interessado, ou terceiro, que o repita, penal-mente, pela calúnia (Código Penal, art. 138), se obrou com dolo, ou, civilmente, pelo dano com culpa (Código Civil, art. 159), ou pela simples violação, ainda sem culpa, do direito à verdade, àhonra, à inviolabilidade do domicílio ou outros direitos absolutos. A permissão a alguém para entrar na casa não se estende àabertura de caixas, gavetas, cofres, ou armários, em que se guardem papéis, ou qualquer objeto fechado, ainda que sem chave (H. Giesker, *Das Recht des Privaten,* 38). Nem os domésticos, empregados pela agência de informações (Código Penal, arts. 151-154), escapam, como os diretores dessa (Código Penal, arts. 151-153), à responsabilidade penal.

O

segredo comercial, quando existe, é direito privatístico; a função de inquérito congressual (Constituição de 1988, art. 58, *§* 3º) é publicistico e passa à frente de óbices que não sejam *constitucionais,* ou criados pelas regras de autolimitação das atividades congressuais *(e.g.,* regimentar).

§ 756. Direito autoral de personalidade

1. *Personalidade e direito autoral.* Os seres humanos são produtivos de obras, em que se insere o seu engenho, a sua aptidão artística, literária, científica, ou industrial. Não é todo o grupo que se empenha na mesma obra. A divisão de trabalho, entre homens, faz-se de tal maneira que algo fica a cada individuo, ou a alguns indivíduos, pela relevância do valor individual. A própria capitalização do saber faz-se pela comunicação de descobertas e invenções individuais, ou de pequenos grupos de investigadores, em que cada um tem a sua discernível contribuição. Ao tempo em que os grupos humanos eram demasiadamente estabilizados pela religião e pela moral, cuja carga de energia, em física social, frena, os inovadores eram hostilizados, mutilados, queimados, jogados a feras. À medida que se revelava a necessidade de se descobrir e de se inventar para que sobrevivessem grupos e membros de grupos, os descobridores e inventores foram sendo menos hostilizados, *tolerados* (tolerância da pesquisa e da invenção ou descoberta) e afinal *assegurados* (liberdade de pesquisa, de ciência, de arte e de invençáo). Após a liberdade de descoberta e de invenção foi que se cogitou da tutela jurídica dos resultados da liberdade exercida. Quando o homem a exercita, cria; e essa criação, ainda ligada àpersonalidade, é objeto de relação jurídica entre o *autor* e todos. Porém essa relação jurídica ainda não concerne à criação como *coisa* ou como *objeto de valor patrimonial.* Gnoseológica e logicamente, precede ela às relações jurídicas em que o objeto é bem patrimonial ou tem valor patrimonial. Apenas se vê, na obra, a inserção da personalidade no mundo exterior; não necessariamente na coisa, no material, na pedra, no ferro, no bronze, na argila, na composição química, nos fios, nas peças da máquina. Na própria fórmula científica descoberta há inserção do homem no mundo fático; inserindo-se nele, *viu-o;* viu-o mais do que antes se via. A obra de arte é inserção do homem no material, ainda quando esse material é som,

ou movimento, O direito tinha de levar em conta esse trato de tempo *anterior* à entrada da obra no direito das coisas, a esse período de imediata irradiação de eficácia do ato-fato jurídico. O que é

"pessoa" ainda está presente, e está só. Se falamos simplesmente de direito autoral, damos nome ao direito que existe nesse período inicial e a direitos que vêm depois. A terminologia passa a obscurecer e confundir, em vez de designar e precisar O direito à identificação da obra *como sua* está, para o homem, logo após os seus direitos de personalidade à identidade pessoal: A sou eu; a obra *a* eu a fiz, eu sou o autor dela. Ainda se está no plano do exercício da liberdade de descoberta e de invenção, ainda é direito de personalidade que se *exerce.* A ligação do autor à obra é identificação: diz-se, por ela, que o autor exerceu aquela liberdade. Para se manter em terreno científico, o jurista tem de atender a que só esse período, típico, é que, *agora,* lhe importa. Qualquer outro momento, *posterior,* alteraria o suporte fático, e a discussão sobre se tratar, ou não, de direito de personalidade, tornaria difícil qualquer resposta: ter-se-ia de volver à eliminação dele e do novo trato de tempo.

A identidade pessoal atinge, pelo exercício da liberdade de descoberta e de invenção, a obra: a obra foi feita por A; A é autor da obra; A tem direito a que a obra se publique ou se exponha com alusão à sua pessoa; ninguém pode negar que A seja o autor, sem ofensa a esse direito absoluto. Direito de personalidade? Se o é, não se renuncia a ele, não se dispõe dele, nem ele se transmite. Tal é a categoria jurídica que em verdade lhe reconhece a sistemática do direito. Daí devermos chamá-lo: *direito autoral de personalidade.* A dificuldade maior, no direito brasileiro, criou-a a emenda da Câmara dos Deputados *(Trabalhos,* III, 103), que se inserira no Código Civil, art. 667: "E suscetível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intelectuais." Dificuldade aparente. "Todos os" estava aí por "qualquer dos"; outra interpretação seria absurda. Há trabalhos que são para serem insertos como obra coletiva: *e.g.,* os trabalhos, não-assinados, dos redatores e repórteres de jornais, que são "obra da redação" (diz-se); os dos artistas entalhadores, ou dos escultores, ou dos pintores, que não discriminam o que estão a fazer, nem têm qualquer pro pósito de identificação da obra. Há trabalhos que são feitos com o propósito de identificação da obra (autoria); não se desprendem, portanto, da pessoa: no exercício da liberdade de descoberta e de invenção, ou de produção literária, artística, ou científica, a pessoa criou esse laço (ato-fato *qualificado).* Há trabalhos que são feitos por encomenda, para figurarem como partes, por exemplo, de trabalhos de chefes de serviço, com o nome desses. Na

própria história da literatura jurídica brasileira há o caso retumbante de certo livro de direito civil, de que os jornais do tempo deram notícia. Há trabalhos feitos por encomenda para terem o nome de outrem, ou posteriormente entregues a outrem, para serem rotulados com o nome do adquirente. Também desses há alguns exemplos notórios entre "juristas" e

"historiadores", que disso precisavam para justificar acesso a certos postos e honrarias. Os fatos estavam na vida: o Código Civil deu-lhes entrada no mundo jurídico, levantando, na ciência, o problema. Tal problema é nada mais nada menos do que o seguinte: "Se o direito de ligar o nome à obra é direito de personalidade, apode a lei fazê-lo transferível?" Se os direitos de personalidade não podem ser degradados pela lei, ou *a)* o art. 667 havia desclassificado o direito à identificação da obra (deixou, *de lege lata,* de ser direito de personalidade), ou b) o art. 667, não podendo a lei degradar, nem desclassificar os direitos de personalidade, tinha sido contra o art. 72, *§§* 25 e 26, da Constituição de 1891

e, *a Jortiori,* contra o art. 113, 18) e 20), da Constituição de 1934, o art. 141, *§§* 17 e 19, da Constituição de 1946, e o art. 153, *§§* 24 e 25, da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969. O conceito de direito de personalidade contém o de intransmissibilidade. Deve-se evitar a afirmativa de *b),* se possível encontrar-se interpretação da regra jurídica que a salve, porque a afirmativa de *a)* poria as leis acima de conceitos que resultam da sintaxe mesma dos sistemas jurídicos ocidentais. Ao exercer a liberdade de criar (digamo-lo por brevidade), o homem toma o caminho da ligação da obra à pessoa, ou não no toma: se o tomou, a sua personalidade está em causa, e dela se ocupa a Lei nº 9.610, art. 24, II. Se o não tomou, o ato de servir a outrem foi seu, livremente, como se na obra não se indica o nome do autor

— obra anônima — por vontade dele (art. 5ª, VIII, *b), 1ª* parte). O empecilho maior, quando se operava a eficácia nomológica da regra jurídica do art. 667, *pr,* do Código Civil, derivava do direito à verdade: o que adquiriu o direito de ligar o seu nome à obra de outrem tinha de provar que o adquiriu, se o verdadeiro autor lho negava; no plano da verdade

— que é aquele em que se apura toda identidade, autenticidade, ou autoria — autor é quem fez a obra, isto é, quem, exercendo o seu direito à liberdade, criou; no plano dos negócios jurídicos, era, então, o adquirente do direito de ligar o nome à obra quem *tinha* esse direito. Esse direito não era, sob essa ótica, direito autoral de personalidade,

qual o direito à identificação pessoal da obra, nem era, tampouco, o direito patrimonial de autor, porque o autor verdadeiro podia transferir a alguém o direito de assinar a obra, e a editor o direito de edição, ou de todas as edições. Assim, o direito de ligar o nome à obra, a que o Código Civil se referia no art. 667, *pr,* era transferível por ato entre vivos, ou *causa mortis;* não o direito autoral de personalidade: quem quer que alegasse e desse prova (direito à verdade) de que B não era o autor da obra, e sim A, não poderia ser punido pelo crime de calúnia, se E exibisse o negócio jurídico de A transferindo-lhe o direito de ligar o nome àobra. A dissociação tornara-se construível, a despeito da sua singularidade no sistema jurídico. Recusou-se Clovis Bevilacqua (Có *digo Civil Comentado,* III, 207) a construí-la, porque "não deve o direito fomentar a mistificação do público"; mas a *lex lata* estava, gritante, no art. 667, e a própria emenda, de que o art. 667

proveio, ressalvava o direito à verdade: "Semelhante convenção não seria, certamente, digna de louvor, mas nem por isso é ilícita. Ela deve, pois, ser cumprida, como qualquer outra, pelas partes contratantes, salvo ao público o direito de denunciar e ridicularizar a fraude, quando vier a descobri-la." Portanto, com o art. 667, o direito civil brasileiro *havia dissociado* o direito autoral em *direito autora! à personalidade, direito a ligar o nome à obra* e *direito autoral patrimonial.* Acolá, a obra está ligada à pessoa (não necessariamente ao nome); ali, a obra liga-se ao nome, que podia ser o de outrem (tal construção salvava os princípios fundamentais do direito); aqui, o direito é patrimonial.

2. *Conceituaçào do direito autoral de personalidade.* O direito autoral de personalidade, a que se chamou direito pessoal de autor, e a que a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, art. 24, II, a exemplo do que fez a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, art. 25, II, chama direito moral de autor, somente tarde se *isolou* do conglomerado de direitos que se via como se fosse um só direito. Deve-se a 3. Kohler (Das Autorrecht, *Johrbúcher fúr die Dogrnatik,* 18, 129 s.), em 1880, a distinção entre o direito autoral de personalidade e o direito autoral patrimonial (depois, Die ldee des geistigen Eigentums, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 82, 141 *5.;* Zur Konstruktion des Urheberrechts, *Archiu fOr Búrgerliches Rechts, X,* 241 s.). O que se tutela, no direito autoral de personalidade, é a identificação pessoal da obra, a sua autenticidade, a sua autoria. Essa identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria, é vínculo psíquico, fático, inabluível, portanto indissolúvel, como toda relação causal fática, e entra no mundo jurídico, como criação, como *ato-fato jurídico,* razão por que o louco, o surdo-mudo absolutamente incapaz e o menor de

dezesseis anos adquirem direito autoral de personalidade e direito patrimonial de autor. E exercendo a liberdade de criar, de produzir obras, inseparável do homem, que eles os adquirem. A liberdade de criar é direito a criar obras; o direito autoral de personalidade é direito à ligação da obra feita à pessoa que a fez. Tal direito não se separa da pessoa; e está fortemente esteado, em torno, pelos direitos à vontade, à honra e à identidade pessoal principalmente pelo direito ao nome. Como o direito ao nome, não é inato; inatos são o direito à liberdade de criação e o direito a ter nome. Com o fazer-se a obra, adquire-se o direito autoral de personalidade, o direito de ligar o nome à obra, o direito patrimonial de autor, ligado à disponibilidade do bem imaterial, separado da pessoa, e a propriedade da obra-coisa (pela *species nova)*.

No suporte fático de qualquer ato-fato de criação está o *opus.* Sem a criação desse, nenhum dos quatro direitos existe.

Antes dele, só existe a liberdade de criar. Todavia, para que do ato-fato de criação se irradie o efeito, a que se chama direito autoral de personalidade, é preciso que implicitamente se haja exercido a liberdade de criar no sentido de se ligar a obra à pessoa, — poder de qualificação, que se *deixa* de exercer sempre que se cria (ato-fato jurídico) sem se ligar a obra à pessoa. Se não se exerceu, ainda implicitamente, nem por isso se cerceou ou autocerceou (renunciou em parte) a liberdade, porque ser livre é poder fazer ou não fazer, preestabelecer ou não preestabelecer Os sistemas jurídicos conceberam a aquisiçao da espécie nova, pela preponderância da psique, como efeito do ato-fato jurídico; a aquisição do direito autoral patrimonial, também assim se concebeu. O direito de ligar o nome à obra, esse já é resultante do direito autoral de personalidade: quem pode atribuir à sua pessoa a criação (identificação pessoal da obra) pode ligá-la ao seu nome, pois que o nome é um dos *meios* de identificação da pessoa. Aquele é intransferível; esse, sob o direito brasileiro anterior, não. O adquirente desse adquiria (aquisição derivada) o direito a pôr o seu nome na obra; o titular daquele mantinha consigo a identificação pessoal da obra: fê-la; nesse sentido, é sua. Podia readquirir, derivativamente, o direito que alienara, posto que não pudesse penhorar no patrimônio do adquirente (não é direito penhorável, posto que seja patrimonial). Era a sistemática do Código Civil, art. 667, *pr,* de que se afastaram a Lei nº 5.988, arts. 25, II, 28 e 52, parágrafo único, e a Lei nº 9.610, arts. 24, II, 27 e 49, 1.

Se se pretendesse que o direito autoral de personalidade, ou até o de ligar o nome à obra, ou o direito de edição, não existe *antes* de se

destinar à publicação a obra, não se explicaria que a tutela juridica amparasse *até então* esses direitos.

O poder de publicar ou de não publicar (deixar inédito) é elemento do direito patrimonial de autor, que também se entendia ter sido transferido se o fora o de ligar o nome à obra. Nada impedia que se estipulasse ter sido transferido, tão-só, o de ligar o nome à obra; nem a que se transferissem os dois a diferentes pessoas. O querer deixar inédito é manifestação do direito patrimonial de autor, posto que negativa. Não se há de confundir essa manifestação do direito patrimonial de autor com o exercício do direito a velar a intimidade, que exclui a patrimonialidade, ou a destinação dos manuscritos, ou de obra de outra espécie, à publicidade: aqui, não há um "sim ou não", mas simplesmente um "não". De regra, a manifestação negativa do direito patrimonial de autor é apenas por algum tempo, à espera de oportunidade, inclusive após a morte *(e.g.,* quando o filho puder prefaciar). Por outro lado, o direito ao segredo não é, sempre, aspecto do direito de inédito, erro em que alguns juristas ainda incorrem.

3. *Direitos concernentes à criação e ações deles resultantes.* No direito brasileiro, têm-se, portanto: *a)* o direito autoral de personalidade, que é o direito de identificação da obra, intransferível, porque está ligado à verdade e à liberdade exercida; à) o direito (autoral) de ligar o nome à obra, que não era concebido como direito de personalidade, devido à dissociação, que se operou, no direito brasileiro, com a revogada regra jurídica do art. 667; c) o direito de propriedade de cada exemplar de obra reproduzida (livro, estatueta, jarro, fotogravura, disco, película); *d)* o direito autoral de reprodução (direito de edição). Os direitos à), *c)* e *d)* eram, anteriormente, direitos patrimoniais; o direito *a)* não no era e, hoje, ele e o direito à) não no são. O direito *a)* é direito de personalidade, como o é o direito à), uma vez que se apagou a dissociação a que o Código Civil, art. 667, *pr,* procedera. A sua tutela é a mesma dos outros direitos de personalidade: a ação declaratória; a condenatória específica; a de abstenção ou de cominação inserta na sentença, ou antecipada por meio de preceito inicial segundo o Código de Processo Civil, arts. 273 e 461; a de indenização por culpa (art. 159). A apreensão da obra pode dar-se como eficácia da ação de condenação especifica; bem como cabe qualquer providência que restaure o direito autoral de personalidade. Quanto ao direito à), era limite ao direito *a);* o seu titular passava a ter a ação declaratória, a negatória, a de indenização segundo o art. 667, *§* 1ª, a que se não exigia a culpa; a do art. 159, se havia culpa. A *res deducta* dessas ações não era a mesma das ações do direito *a),*

porque nas ações do direito *a)* somente se deduzia que, no plano dos fatos (exercício da liberdade de criar), o autor da ação *fez* a obra, não que tivesse o direito a ligar o nome à obra. Se se acrescentasse tal afirmação, cumulavam *se* ações do direito *a)* e açóes do direito à). O art. 667, *§* 1ª, estatuía: "Dará lugar à indenização por perdas e danos a usurpação do nome do autor ou a sua substituição por outro, não havendo convenção que o legitime." O titular do direito *a)* presumia-se titular do direito *b):* o ônus da prova competia ao que se dizia titular do direito *b).* Todavia, se o titular do direito *b),* além de afirmar que adquirira de A o direito *b), negava* que aquele tivesse, de fato, produzido a obra, o titular do direito 14 podia ser condenado na ação declaratória, na de condenação específica, e nas outras, inclusive, e, *a fortiori,* na de indenização por culpa (art. 159); *aliter,* sob a Lei nº 9.610, arts. 24, li, e 108, I-III: existente o discrime ontológico entre os direitos *a)* e *14,* não se concebe limite este àquele.

4. *Análise das ações.* A ação de condenação é, de regra, seguida de execução, em *actio iudicati.* A ação de abstenção é preventiva. Todavia, se já existe estado de fato positivo que precise ser removido, para se evitar a contradição entre o preceito e a realidade, surge elemento de executividade, tal como ocorre com as ações cominatórias dos arts. 554 e 555

do Código Civil, e, bem assim, do art. 934, III, do Código de Processo Civil. Diz a Lei nº 9.610, art. 108, *pr:* "Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar a identidade da seguinte forma." "Obrigado", aí, é termo fraco; está por "constrito"; e o art. 108, *pr,* só se entende bem, comparado com o art. 103, parágrafo único.

Para a execução da sentença que reconheça a usurpação do direito autoral de personalidade, ou para ação de execução de sentença, se não for o caso, só se remove ou destrói o material que causou a usurpação, se não for possível a supressão da parte ou partes violadoras, ou a reparação por outros meios, inclusive de publicidade.

5. O *direito autora! no tempo.* O direito autoral de personalidade não contém só a identificação pessoal, *estática,* da obra. Se a obra está ligada à pessoa, tem de manter-se presa a ela, como criação. A personalidade existe no tempo, altera-se, aperfeiçoa-se,decai, corrige-se. Os sistemas jurídicos tinham de dar conta desse estender-se da personalidade na dimensão do tempo, tinham de atender à dinâmica da personalidade. Tanto o autor quanto as outras pessoas têm interesse em que a obra represente o que no momento *pensa, sente* e é o autor. Se a alguém interessa, ou a ele mesmo, o que ele era, ou pensava, ou sentia, só as obras anteriores podem servir ao exame e a análise desse momento pretérito.

Estabeleceu-se, assim, o problema de técnica legislativa: qual a tutela que se há de dar ao direito de emenda ou alteração? Se o editor se conforma, ou o pede, nenhuma dificuldade existe. Se o autor alterou, ou emendou, ou aumentou a obra, e o editor entende que obrou excessivamente, de *iure condendo* ou *(a)* se lhe há de reconhecer a opção entre reeditar como fora editada, ou devia ter sido, e aceitar o original alterado, emendado ou aumentado (o que o direito brasileiro

não admitiu), ou *(b)* se há de partir de que o direito autoral de personalidade a essas modificações existe e só se pode ter a atividade lesiva do autor como exercício regular ou exercício irregular desse direito. A semelhança da Lei nº 496, de 1ª de agosto de 1898, art. 4ª, *§* 2% do Código Civil, art. 1.350, da Lei nº 5.988, art. 71, a Lei nº 9.610, no art.

66, *pr,* adotou *(14;* e estatuiu: "O autor tem o direito de fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e alterações que bem lhe aprouver." Também assim o Código suíço das Obrigações, art. 350, 1ª alínea. Tal direito de personalidade tem, ai, a sua manifestação positiva; poder-se-ia manifestar negativamente, pela vontade de que a obra se publique sem alterações, ou modificações (A. Isenschmid, *Das Verlagsrecht,* 71 5.; sem razão, H. Christ, *Der Verlagsuertrag,* 74). Se houve negócio jurídico pelo qual o autor se obrigou a pôr em dia, há a reparação do dano, ex *contractu,* ou a resolução ou resilição do contrato com base no art. 1.092, parágrafo único, ou, negando-se o autor a fazer a atualização, pode o editor dela "encarregar outrem, mencionando o fato na edição" (Lei nº 9.610, art. 67, *in fine).*

Se não se trata de mera atualização, mas de emendas e alterações, por se tratar de direito de personalidade, só o autor pode exercê-lo (arts. 24, e 49, 1); não toca nem pode ser exercido por outrem, como *e.g.* no direito anterior pelo que só tinha o direito de ligar o nome *à* obra, ou pelos sucessores do autor (é intransmissível o direito autoral de personalidade).

Expirado o tempo dos direitos autorais, não têm outra pessoas o de alterar a obra, trata-se de direito de personalidade, que os arts. 29, 1, 41 e, *a contrario sensu,* 45, 2ª parte, 1, da Lei nº 9.610 não atingem. Se o autor está ausente, ou enlouqueceu, ou não pode fazer as correções, não perde o seu direito autoral de personalidade a corrigir, alterar, ou aumentar: apenas não pode exercê-lo. O editor tem o direito de reeditar a obra sem as correções, alterações ou aumentos.

Se a obra foi em colaboração indistinta, entende-se que os autores sobreviventes o têm. Se houve colaboração em partes autônomas, ou distinguíveis, há problema de interpretação do negócio jurídico. O direito de revisão e modificação pode ser previsto em negócio jurídico.

6. Direito de correção. O direito de correção abrange as correções de estilo, as mudanças e correções de distribuição das matérias, as complementares das indicações das fontes, as notas adicionais ou

finais, os aumentos de trechos, as supressões de passagens obsoletas, retificação ou substituição do colorido de obras de arte (A. lsenschmid, *Das Verlagsrecht,* 77) etc. Não assim as dilatações do programa da obra, os aumentos desproporcionados, ou abusivos, ou que pesem demasiado em gastos para o editor, ou desviem do seu fim a publicação mesma (J. MúlIer, *Der Verlagsvertrag,* 54). O editor segundo o costume geral, ou envia ao autor as provas em duplicata, ou dois exemplares da edição anterior para que faça as correções. Esses, e não aqueles, é que devem ser fornecidos, se as correções sacrificariam a composição feita.

Se o autor, com o exercício do seu direito a corrigir e alterar, lesa os interesses do editor, devido a *exercício irregular* desse direito, inclusive se demorou demasiado em exercê-lo, responde pelos danos (Código Civil, art. 159; Lei nº 9.610, arg. art. 24, *§* 39, 3) parte; A. lsenschmid, *Das Verlagsrecht,* 76). E preciso que haja culpa (art. 159). Trata-se de ato ilícito absoluto (art. 160, 1, 2ª parte, por se não tratar de exercício de direito de personalidade). Se no contrato de edição foi dito que o prazo seria de tantos meses, ou que as emendas não poderiam aumentar de cem páginas a obra, ou obras, o editor tem pretensão à indenização pela demora, ou pelo gasto extraordinário, e à resolução ou àresilição do contrato (art. 1.092, parágrafo único). Não pode recusar a correção ou alteração e reeditar como estava.

A alteração da ortografia, em vida do autor, depende de ato dele, ou autorização para isso. Modo, entende-se que os sucessores podem proceder às emendas que obedeçam à ortografia oficial. Todavia, vale a cláusula de negócio jurídico entre vivos ou a causa de morte, que exija aos editores e sucessores o respeito da ortografia do original. O cair em domínio público não torna ineficaz essa cláusula, nem ineficaz o estipulá-la, depois, em edital.

A Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, art. 66, parágraf o único, diz: “O editor poderá opor-se às alterações que lhe prejudiquem os interesses, ofendam sua reputação ou aumentem sua responsabilidade.” Já assim, a Lei nº 5.988, de 14

de dezembro de 1973, art. 71, parágrafo único, o Código Civil, art. 1.350, parágrafo único, e a Lei nº 496, de 1ª de agosto de 1898, art. 49, *§* 59 Essa “oposição” não estabelece a faculdade de recusa. Se o autor ofende a verdade, ou a honra de alguém, não está exercendo regularmente direito autoral de personalidade; o editor, nesse caso,

pode manifestar a sua resistência a participar do ilícito, recorrendo às vias judiciárias. Se o autor lhe aumenta a responsabilidade, idem. Se o autor lhe prejudica os interesses particulares, há direito à indenização (responsabilidade segundo a Lei nº 9.610, art. 66, parágrafo único, e o Código Civil, arts. 159 e 160,1, 2ª parte). A oposição do editor, julgada procedente, exime-o da obrigação de publicar a nova edição, e dá-lhe direito à indenização. Aliás, o autor, que mudou totalmente de pensamento, ou de sentimento, pode opor-se à reedição, se a alteração, que tornasse a obra compatível com o seu modo de ser no presente, é impraticável, e há razão plausível para em juízo pedir a resilição do contrato se o editor não quer inserir a declaração de desaprovação do texto pelo autor. O problema torna-se delicado se o pomos a respeito de obras que caíram no domínio público. Porém, ainda aí, o autor pode exigir que se insira a sua declaração. Se a declaração foi feita em vida, podem exigi-lo as pessoas que seriam legitimadas *à* defesa contra a calúnia ao modo.

O editor que não avisa, com o prazo do contrato, de que vai reeditar a obra e aguarda as correções e alterações, viola o contrato e o direito autoral de personalidade (responsabilidade, aqui, ainda sem culpa). Se não há prazo contratual para as correções e alterações, a ofensa é só a esse direito. Os danos causados ao autor pelas ter de fazer apressadamente, ou com outros gastos, têm de ser ressarcidos.

7. *Propriedade intelectual.* A discussão sobre serem, ou não, direitos de propriedade os direitos *c)* e *d)* do nº 3 concernia àconceituação mesma de propriedade: ou no conceito de propriedade se incluem os direitos sobre os chamados bens imateriais, ou não. Se se incluem, a propriedade intelectual (literária, científica, artística, industrial) é espécie de propriedade. Se não se incluem, a "propriedade" intelectual não é propriedade. O Código Civil abrira capitulo sobre "a propriedade literária, científica e artística" (arts. 649-673). Tomou, pois, posição clara, a exemplo da Lei nº 5.988, de 14

de dezembro de 1973, ads. 12, 22 e 29, e, bem assim, da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, ads. 12, 32 e 28.

8. *Tutela do direito autotal de personalidade.* A tutela do direito autoral de personalidade exerce-se contra quem quer que *negue* ou *usurpe* a autoria (identificação pessoal da obra), e, no anterior regime do Código Civil, art. 667, *pr,* ainda contra o que adquirira o direito de lhe

pôr o nome, se negasse a origem do seu direito. Não é preciso que tenha havido culpa do ofensor Os direitos de personalidade cessam com a morte do titular; todavia, os titulares do direito à defesa da verdade, ou da honra dos modos, bem como os titulares do direito patrimonial de autor são legitimados às respectivas ações e à questão prejudicial da identificação pessoal da obra. Bem assim, isto sob o direito anterior, por ter de defender a origem do seu direito, o que adquiria o de pór o nome à obra (Código Civil, art. 667). Na ação declaratória positiva do direito autoral de personalidade, que se mova contra o que é tido como criador dela, tem-se de afirmar e provar que a pessoa, que a produziu, a assinou, ou quis que fosse identificada como sua, ou que por algum ato (contrato de edição, transferência do art. 667 quando incidente essa regra jurídica, hoje revogada) a identificou *(=* assumiu a autoria). O réu pode alegar e provar que preferiu ocultar a origem, sem precisar mostrar o motivo pessoal por que preferiu não na identificar como sua (imperfeição, posição social, pedidos, ligações ou inimizades políticas). Se a obra foi publicada e causou dano, sem constar nome do autor (anônimo), ou sob pseudônimo, temos outras questões relativas ao direito autoral de personalidade.

9. *a) Anonimato.* Se o autor não exerceu o direito de ligar o nome à obra (Lei nº 9.610, art. 52, VIII, *b), 1ª* parte), conserva-o; e a qualquer momento pode ligar à obra o seu nome, ou pseudônimo. O seu direito autoral de personalidade, e com ele o seu direito autoral de ligar o nome à obra, esses são intransferíveis, de modo que podem sempre ser revelados, e são objeto das ações concernentes aos direitos de personalidade; salvo se a obra mesma não se fez ligada à personalidade, assunto já versado, ou se a sua natureza, não se prestaria a isso. No regime do Código Civil, revogado, quanto ao direito de ligar o nome à obra, se era transferível (art. 667), também era suscetível de negociação consensual, de modo que, se o autor da obra só se obrigava a não assumir a autoria da obra, podia essa ser publicada com o anonimato, e a responsabilidade do autor, que o dificultasse, ou impossibilitasse, era contratual.

A Constituição de 1988, art. 52, IV, 22 parte, disse ser vedado o anonimato. Daí não se tire que os escritos anônimos não possam ser publicados, nem expostas as obras de arte anônimas. Aqueles, porque alguém, que os publique, há de lhes assumir a responsabilidade; essas, porque o pensamento, que delas se expande, não é tão preciso que se possa considerar emitido. Manifesta-se tão dependente da obra

estética que a sua autoria mais interessa ao artista que ao público, ao *alter*.

Todavia, pode dar-se que se tenha ele aproveitado da obra de arte para manifestar, claramente, o pensamento, com ofensa a outrem (à verdade, àhonra). Então, o anonimato não é permitido; e o autor responde.

10. *b) Pseudônimo.* O pseudônimo pode *a)* ligar-se à pessoa, identificando-a, ou *b)* ser nome-classe, ou nome vazio, isto é, pseudônimo que corresponde a muitas pessoas, ou a nenhuma, sem qualquer identificação pessoal, ou *c)* ser ocultador da pessoa. A ligação à personalidade manifesta-se em *a)* e em *c);* porém, enquanto, em *a),* a pessoa se deixa identificar pelo pseudônimo, em c) a pessoa procede *como se* houvesse transferido a outrem o direito de ligar o nome à obra. Em nenhuma das duas espécies, a pessoa transferiu ou renunciou o direito autoral de personalidade, que é intransferível e irrenunciável. Em *b),* tem-se de começar a análise desde a produção da obra: se houve, ou se não houve ligação à pessoa; se houve, o direito autoral de personalidade nasceu, e independe do nome, ou ausência de nome, ou pseudônimo, com que apareça a obra; se não houve ligação à pessoa, o titular do direito patrimonial de autor está só em campo (não há quem tenha direito autoral de personalidade, nem quem tenha direito de ligar o nome à obra). Quanto a *b),* ainda se pode dar que o pseudônimo seja usado para fingir atribuição de autoria, uma vez que não há quem tenha direito autoral de personalidade, nem quem tenha direito de ligar o nome à obra: também aqui fica só o titular do direito patrimonial de autor. A respeito de c), o editor, ou alguém que revele o pseudônimo, pode cometer o crime do art. 152

(conhecimento pela correspondência), ou do art. 153, ou do art. 154 do Código Penal. A tutela é a do direito de personalidade que for ofendido.

Quanto ao pacto de não-revelação do pseudônimo, por parte do autor, ou do editor, ou de ambos, cumpre observar que o primeiro e, pois, o terceiro eram sob a sistemática protetiva do Código Civil válidos, obrigando-se o autor, ou o autor e o editor, e eficazes, devido ao argumento *a .fortiori* ao art. 667 *(aliter,* sob o direito atual, arg. Lei nº 9.610, art. 40, parágrafo único; e noutros sistemas jurídicos, quanto ao autor, e.g., Lei italiana de 22 de abril de 1941, art. 21, *verbis*

"qualunque precedente patto contrario"). O segundo concerne ao direito à intimidade, ou ao segredo, conforme a espécie. Todavia, respeito a *a)* e c), a não-inserção pactuada do nome do autor, com ou sem substituição ao pseudônimo de modo nenhum *exclui* a comunicação, ainda pública, da autoria, por outros meios, se há direito autoral de personalidade.

11. *Diferença entre a tutela do direito autoral de personalidade e o direito patrimonial de autor* A tutela do direito autoral de personalidade é a de todos os direitos de personalidade, ainda quando, no sistema jurídico, o direito patrimonial de autor não seja suficientemente, *de iure condito,* tutelado. A negação basta àação de condenação, ou à cominatória, porém não basta, em relação ao direito patrimonial de autor, para a condenação: o titular desse teria apenas a ação declaratória, se só houve negação, sem usurpação ou dano. Em todo o caso, quer quanto àquele direito, quer quanto a esse, para se condenar à abstenção não se exige culpa: o direito patrimonial de autor é direito de propriedade, portanto direito subjetivo absoluto.

(a) Quando alguém atribui a outrem, falsamente, a autoria de obra, ainda que não haja, com isso, ofensa à honra, ou à boa fama, ou injúria, ou qualquer dano patrimonial ou moral, ofende a verdade e a personalidade. Se foi aposto o seu nome, a ofensa é à verdade, à personalidade e ao nome. As ações que servem àtutela de tais direitos de personalidade podem ser usadas. Não éde exigir-se haver culpa do ofensor. Aliás, aquele a quem se atribui tal obra tem ação declarativa negativa e, ainda quando só haja negação, ação de condenação específica. Tais ações e as mais de que pode lançar mão o titular de direito de personalidade lhe servem se a obra foi mutilada, alterada, aumentada, sem provir de trabalho seu essa mudança. Quanto à reprodução exata em forma inadequada, como se o livro de Machado de Assis, ou o de Olavo Bilac, é inserto em coleção de obras obscenas, a ofensa e, precisamente, à honra ou à verdade. A reprodução em coleção diferente daquela em que a obra devia figurar é violação de contrato, e não ofensa ao direito de personalidade.

(b) Quanto às obras reproduzidas ou não-reproduzidas (telas, esculturas, edifícios), o titular da propriedade pode destruí-

las, se não há, a respeito delas, lex *specia lis,* que o proiba. Não pode alterá-las. O direito à integridade da obra é manifestação negativa do direito à identificação pessoal da obra; faz parte desse. E direito de

personalidade.

Naturalmente, as obras, de que se trata, são as obras que se ligaram à personalidade. O arquiteto que não ligou à sua personalidade o edifício não pode reclamar contra alterações. Seja como for, as alterações *necessárias* à arquitetura não se excluem; nem os retoques às telas estragadas, ou às esculturas quebradas ou arranhadas. No tocante à destruição de obra de arte pelo proprietário, convém advertir-se em que, se o direito de reprodução ficou ao autor, o destruí-la pode causar-lhe danos; porém aqui a responsabilidade é por culpa (art. 159) ou segundo o contrato. Quanto à existência de direito de personalidade à não-destruição da tela, ou da estátua, pelo que a adquiriu, seria de admitir-se, porém tal direito só existe na imaginação de alguns juristas *(e.g.,* P. Greco, *1 Diritti sui beni immateriali,* 187). Lei especial pode resguardar obras de arte; o titular desse direito público não é o autor, ou, pelo menos, no caso de ação deixada a qualquer pessoa, não é só ele. Não se poderia, aí, pensar em direito de personalidade. Quando muito, em distensão dele pela lei especial.

(c) Entra no direito autoral de personalidade a *datação* da obra. A obra é ato pessoal, no tempo; é irradiação da personalidade, quando foi feita. Por isso, o editor, ainda que se trate da primeira edição, não pode riscar a data que o escritor, ou artista pôs, nem mudá-la, nem se opor a que o autor a ponha. Se cria que se tratava de obra nova, e não no é, o caminho, que lhe fica, é a ação de anulação do contrato pelo erro (ads. 86-91), ou pelo dolo (ads. 92-97), ou a resolução ou resilição, se a deliberação de pôr data foi posterior (art. 1.092, parágrafo único). Aliás, há obras que seriam prejudicadas, se não constasse delas a data, para se aludir à prioridade do autor, ou se dele se esperariam referências a fatos que foram posteriores à sua feitura real. Também entra no direito autoral de personalidade a indicação do lugar, em que se compôs a obra, se o autor o inseriu na obra mesma.

(d) Não são direitos de personalidade os direitos aos títulos das obras. Se constituem objeto de outros direitos é outra questão. Não há nenhuma lesão à personalidade do autor, ou à sua memória, em que outrem escreva outra obra, com o mesmo titulo. O *Faust* de Goethe não feriria a personalidade de Christopher Marlowe ou de Maler Muíler. Sem razão, A. de Cupis *(1 Diritti deila personalitá,* 278). Tampouco, a crítica dolosa, que não negue a identificação pessoal da obra, ofende o direito autoral de personalidade: ofende à honra, ou a outro direito de personalidade, ou, ainda, ao direito patrimonial de autor A falsa acusação de plágio é ofensa à honra ou à verdade; a falsa

acusação de que foi outrem quem escreveu ou fez a obra ofende o direito autoral de personalidade. A transferência dos direitos de edição pelo editor a outro, para ferir a reputação do autor, ofende-lhe a honra; e tal ofensa é independente de ter havido ou não ter havido permissão do autor à cessão dos direitos de edição.

12. *Pessoas* jurídicas, *direito patrimonial de autor e direito autoral de personalidade.* A proteção concedida à pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica poderá aplicar-se às pessoas jurídicas (Lei nº 9.610, art. 11, parágrafo único). As pessoas jurídicas têm direito patrimonial de autor. O Código Civil, art. 661, 1, do mesmo modo que a Lei nº 5.988, art. 52, parágrafo único, estatuia que pertencem à União, aos Estados, ou aos Municípios os manuscritos de seus arquivos, bibliotecas ou repartições (não os manuscritos de trabalhos não-oficiais, que foram adquiridos para informação dos seus arquivos ou bibliotecas); aquele, no art. 661, II, estabelecia o mesmo quanto às obras encomendadas pelos respectivos governos e publicadas à custa dos cofres públicos donde, salvo ressalva em lei ou em negócio jurídico unilateral ou contrato, passarem às unidades políticas os direitos autorais sobre tais obras. As obras acima referidas caíam no domínio comum quinze anos após a publicação, dizia o art. 662. Segundo a Lei nº 9.610, art.

6ª, as obras simplesmente subvencionadas não caem no domínio dessas unidades.

Quanto ao direito autoral de personalidade, há duas opiniões: uma, que atribui à pessoa jurídica tal direito (e.g., Piola Caselli, *Codice dei Diritto di autore,* 271; G. G. Auletta, *Commentario,* V, 203); outra, que lho nega (5. Pugliatti, *Istituzioni deI Diritto Ciuile,* 1, 143; P. Greco, *1 Diritti sui beni immateriali,* 213).

Cumpre, porém, atender-se a que, se todos os sócios trabalharam, ou todos os membros da fundação, nunca individualmente, em obra única, não é possível negar-se à sociedade ou à fundação esse direito, ou, pelo menos, o exercício dele, em nome da *comunhão.* A defesa, deixada a todos, através de organização, a fazer-se, da comunhão, seria, às vezes, supérflua e cheia de riscos: supérflua, porque já estava organizada por ocasião da criação da obra; perigosa, pelas dificuldades, que exsurgiriam, tanto mais quanto pode dar-se que

alguns já tenham falecido. Se nem todos os membros trabalharam, ou alguns trabalharam, ou alguns trabalharam durante algum tempo e outros depois, ou se alguns se agregaram, de modo que se tornou indistinta a sua criação, têm, em *comum,* o direito autoral de personalidade, com representação (cumulativa àsua legitimação própria) à pessoa jurídica. Extinta a pessoa jurídica, esse direito, que não é patrimonial, continua com os seus titulares, em comum, ou individualmente, conforme trabalhavam indistinta ou distintamente. O titular do direito autoral de personalidade é sempre o homem, a pessoa física, ainda quando se trate de grupo de homens, em *comunhão.* A pessoa jurídica tem apenas o *exercício* do direito autoral de personalidade, cumulativamente com o exercício pelos titulares segundo regras de comunhão, ou individualmente.

A tese da titularidade do direito autoral de personalidade levaria a tornar indefesas as pessoas físicas, que trabalharam, se inerte em fazê-lo o órgão da pessoa jurídica, — razão por que tentaram os seus sustentadores desviar o argumento, admitindo que tenham ação as pessoas físicas.

Livro II

Direito de Família

Título I

Direito Matrimonial I

Introdução

§ 757. Fato social e processos sociais de adaptação

1. *Adaptação social e fato social.* O fato social é *relação de adaptação* (ato, combinação, fórmula) do indivíduo à vida social, a uma, duas ou mais coletividades (círculos sociais) de que faça parte, ou dessas aos individuos, ou entre si. Tais círculos, pré-histórica e historicamente,

foram o par, o clã, a fratria, a família, a tribo, a nação de tribos etc. Na mesma época, podem ser, quanto à extensão: o par sexual, a amizade, a família, a escola, a oficina, a classe social, o partido, o bairro, o Município, o Estado Federado, o Estado. As definições de fatos científicos correm o risco de ser puramente ontológicas. Definamos as *relações,* os *processos;* estão, assim, definidos os *fatos.* Porque não cogitamos do suporte ontológico, da coisa em si, a linguagem científica ésempre elíptica: subentende-se o que está no avesso da relação, isto é, por trás dela, porém que não é, para o sábio, senão a rigidez gradativa das próprias relações (ser geométrico, físico, químico, biológico, social). Toda definição do fato religioso, moral, jurídico, econômico, que não aluda ao processo específico de adaptação que os caracteriza, cai, inevitavelmente, em ontologismo. Não há, cientificamente, religião, nem direito, nem economia, que sejam dados absolutos. Há processos adaptativos, fatos, relações que se distribuem segundo critérios especiais de adaptar, e variáveis no tempo e no espaço. Tais fatos e relações devem tratar-se como objetos de indagação científica, qual acontece às relações biológicas, às relações químicas e físicas.

A adaptação não se opera entre parte do ser e o meio, mas entre todo o ser e todo o meio. Por isso, a sociedade humana se diferencia da animal: os processos adaptativos não se efetuam somente entre atos, e sim também *entre pensamentos,* porque os homens são seres *pensantes.* Por outro lado, o meio não é só a família, o grupo profissional; é também a escola filosófica, a nação, a humanidade; e não é só o grupo social, — é também o Universo, o mundo físico. Donde: *a)* Haver processos sociais que não se encontram, pelo menos *suficientemente caracterizados,* nas sociedades animais, como tudo que supõe o grau intelectual do homem (religião, escola filosófica, ciência). 1,) Viver o homem dentro de muitos círculos, concêntricos ou não, e não haver nenhum que só obedeça ao conformismo social de um grupo. *c)* Haver processos de adaptação entre o ser e o mundo em geral, visível e invisível (religião), ou sensível (arte), ou cognoscível (ciência), e entre o ser e o mundo social (moral, direito, economia). É por isso que, em certo sentido, a religião *julga* a moral e essa o direito.

2. *Mundo social.* O mundo social está incluído no mundo sensível e no geral (visível e invisível), de modo que a religião, a arte e a ciência atendem ao social, se bem que, de certo modo, o excedam, o que torna tais processos inestimáveis propulsores da vida. Efetivamente, vemo-los adiante das práticas morais, jurídicas e econômicas, como se

fossem rios que não podem esperar a abertura de novo leito e pulam as ribanceiras, encachoeirados e tumultuosos. Mas, não raro, sentimos tarda e enfadonha a vida social, a seguir empós o ideal que lhe ditou a religião, a arte ou a moral. Se a ciência intervier nos diversos processos (religião, moral, arte, direito, economia), poderemos ter a técnica e a política social àaltura da vida. Tais são os fatos que o sociólogo tem de estudar e a eles há de atender a ciência jurídica.

3. *Interdependência dos fatos sociais.* E a interdependência dos fatos sociais que nos permite ver os acontecimentos da vida diária pelo ângulo da moral, da economia, da religião, do direito, indiferentemente: na temperança (virtude moral), o zelo da saúde; na caridade, o fazer a outrem o que desejaríamos que nos fizessem os que em tais situações nos vissem; na felicidade conjugal, o orgulho; na ambição industrial, o bem aos que trabalham; na resignação religiosa, o melhor meio de prover à ordem pública e à estabilidade das instituições. Devemos, porém, fugir a tais reduções, pois que a ciência há de analisar as *relações sociais,* mostrar os *processos adaptativos,* estudá-los.

4. Principais processos sociais de adaptação. Os principais processos adaptativos são sete: 1) o religioso *(e.g.,* a caridade, a piedade, o devotamento); 2) o moral (critério do ético e do não-ético); 3) o estético (valores de beleza); 4) o gnoseológico (conhecimento, ciência); 5) o jurídico (justo, injusto, ordem extrínseca); 6) o político (organização, administração pública, ordem intrínseca); 7) o econômico (útil, inútil; produção da riqueza). Sociedade em que prepondera a religião é mais estável do que as outras. Aquela em que domina a economia é singularmente instável. O

processo cognoscitivo é o que mais se aproxima do equilíbrio: oscila em torno de *zero.*

Disso resulta: *a)* A religião, a moral e a arte puxam para o passado; caracterizam-nas a fixidez, o gosto assente, a resistência à inovação. O direito, a política e a economia, para o futuro; aquele, imperceptivelmente, e essa, de modo violento. A ciência mantém-se quase neutra; é o fiel de balança nesse apurar dos valores de ontem e de amanhã. *b)* O

valor bioplástico da economia é enorme: cria e recria formas novas,

ainda através de individuos emperrados e tardos; ao passo que a religião, ainda nos grandes espíritos, fixa, imobiliza, estagna. Segura-os, inibe-os, como corrente de ferro, inamolgável que os atrai ao passado.

Imaginemos um carro e duas locomotivas inversamente postas na linha férrea, uma com o valor de ± 3, e outra, por estar noutro sentido, com o de — 3. Uma será a religião, outra a economia. Haverá compensação: mas se crescer o poder de R

ou diminuir o de B, o corpo social cederá a R. A moral e a arte auxiliam a função fixadora da religião; a política e o direito, a função progressista da economia. Uma sociedade em que preponderem a religião e a moral, ou a religião e a arte, é sociedade profundamente estabilizada. A sociedade em que preponderem a política e a economia, mal se lhe podem perceber as formas sociais que permanecem.

5. *Círculos sociais.* Tudo isso se passa dentro de *sistemas* relativamente fechados, que são os círculos sociais, uns envolventes, outros internos, uns que permanecem, outros que passam. A família é *círculo interior* permanente.

~Passará também ele? Não o sabemos. Onde quer que encontremos grupo social, a *anomia* das relações sexuais e parentais é apenas teórica: praticamente, a *família* começou com a *descendência,* e isso quer dizer: antes do homem. As organizações familiares dos animais apresentam formas interessantíssimas, umas simples e outras assaz complexas. Não é de crer-se que a família desapareça.

6. Direito e valor de estabilização. O valor estabilizador do direito é o terceiro, em ordem crescente; mas há diferença entre as diversas partes, devido, talvez, à influência de outros processos adaptativos (política, religião). Assim, mais estável é o direito de família que o direito das obrigações, o direito das sucessões é mais estável que o direito das coisas.

§ 758. Leis de evolução jurídica

1. *Leis sociológicas.* Algumas leis sociológicas, de caráter geral, são de grande importância a quem quer que tenha de estudar os fatos jurídicos. Muitas vezes, a simples classificação do fato jurídico, *no tempo,* constitui elemento decisivo da sua explicação. Dentro da vida do mesmo povo, ou entre povos diferentes, cujas vidas se comparam, é sempre de proveito dizer-se qual o *grau* de evolução do preceito jurídico, ou das suas consequências.

2. *Lei das três* fases *e lei da crescente dilatação* e *integração dos círculos sociais.* Uma das mais prestantes leis de evolução mental e social do homem é a que nos mostra (1) a mentalidade pluralistica, correspondente à empina primitiva, fragmentária, (2) a mentalidade em que se procura unificar, generalizar, deduzir, correspondente a certo *monismo* escolástico *racionalista,* e (3) a mentalidade que procura passar, metodicamente, dos fatos aos enunciados gerais, com o que mantém o pluralismo mas alcança a noção monística de princípio e de lei. O direito casuístico, tra-dicionalista, falto de coerência, é o produto da primeira era. O direito escolástico, apriorístico, urdido de deduções, quer para conservar, quer para violentamente mudar, ou preparar, ideologicamente, as mudanças, marca a segunda era. O

direito que procura corrigir o que parece ser mau no passado e busca provas de tal suspeita, bem como formula regras que sirvam a fins conscientes, sem que se apegue à história e sem que acredite na possibilidade de correspondência impecável entre a plenitude lógica e a coerência dos efeitos, constituiu, por certo, a terceira era.

Outra lei sociológica, geral, a que por vezes, no trato dos problemas jurídicos, se tem de aludir, é a *lei da crescente dilata*ção *e integração dos círculos sociais,* quando se acham eles em evolução. Outra, a *lei da diminuição progressiva do elemento despótico:* no direito de família é fácil mostrar-se o decréscimo de despotismo do marido e do pai de família. Também é digna de nota a parte da física social que estuda os *fatos de simetria* na evolução jurídica. É

fundamental que o ser se simetriza com a sua função, donde a simetria intra-individual, do que resulta assimetrizarse com os outros seres, sujeitos, como ele, a simetrizações intra-individuais. Quando a mulher tem o seu mister econômico, mais importante que o do homem, nenhuma, ou pouca diferença existe entre o seu tamanho e o do varão, ao que corresponde, na morfologia social da família, preponderância jurídica da mulher. Quando a missão econômica do homem sobrepuja a da mulher, relegada à vida sedentária e submissa, caracteriza-se a diferença de tamanho, bem como o despotismo do poder marital.

3. *Simetrização entre homem e mulher.* No Código Civil brasileiro, deu-se passo além na simetrização entre homem e mulher, porém ainda persistiram desigualdades que o jurista de 1916 não pôde reduzir. Após ele, com as conseqUências da guerra européia, as circunstâncias da vida mudaram sensivelmente. Exigências materiais impuseram à mulher teor diferente de atividade. Não seria possível que isso se não refletisse na elaboração do direito depois da legislação civil de 1916. A Constituição de 1934, no art. 113, 1), frisava não haver privilégios, nem distinções, por motivo de sexo, princípio que passou à frente do próprio art. 109, alínea 2ª, da Constituição alemã, onde se dizia que homens e mulheres têm os mesmos direitos e deveres políticos. Ainda no art. 108 da Constituição de 1934 se disse serem eleitores os Brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistassem na forma da lei; se bem que, quanto à obrigatoriedade, o art. 109 considerasse obrigatórios, para os homens, o alistamento e o voto, e esse somente para as mulheres, quando exercessem função pública remunerada. Aqui, foi evidente o elemento religioso-moral que ainda impedia perfeita simetria do dever político em relação aos dois sexos. Os cargos públicos foram declarados acessíveis a todos os Brasileiros sem distinção de sexo (art. 168). No art. 163, estatuiu-se: "Todos os Brasileiros são obrigados, na forma que a lei estabelecer, ao serviço militar e a outros encargos necessários à defesa da Pátria, e, em caso de mobilização, serão aproveitados conforme as suas aptidões, quer nas forças armadas, quer nas organizações do interior.

As mulheres ficam excetuadas do serviço militar." Assim, as mulheres eram isentas, pela Constituição, do serviço militar; porém não, máxime em tempo de guerra, de outros encargos necessários à defesa da Pátria. A lei ordinária não cabia dizer quais as obrigações de defesa nacional que tinha a mulher. Se algum texto de lei ou de regulamento houvesse dado deveres a Brasileiros, ou a varões, *antes de 16 de julho de 1934,* daí em diante, no que não se referia ao serviço militar em sentido estrito, havia de ser aplicado a varões e a mulheres. Se, após aquela data, se referiu a Brasileiros, não cabia qualquer distinção. Se só aludiu a varões, foi contrário ao art. 113, 1, que não permitia distinguir-se. As mulheres eram obrigadas aos mesmos encargos de defesa nacional que os varões, *exceto o serviço militar* em sentido estrito. Só existia exceção constitucional. A Constituiçáo de 10 de novembro de 1937 considerou toda a matéria de modo global, de modo que só havia garantia constitucional geral (arts. 117, 122, inc. 3, etc.) de direitos públicos da mulher. Não representou evolução técnica. Na Constituição de 1988, o art. 14, falando de Brasileiros, que têm capacidade eleitoral ativa, nenhuma distinção fez entre varões e

mulheres. O art. 14, *§* 1ª, 1, que tratou do dever e, bem assim, o art. 14, *§* 1ª, II, *a), b)* e c), que tratou da faculdade de alistar-se e de votar, também não na fizeram. Tem a mulher a capacidade eleitoral passiva, tal como o varão (art. 14, *§ 4º)*

§ 759. Par andrógino e duração; círculos sociais e família

1. O *menor círculo social.* O par andrógino constitui o circulo social menor, porém não é ele originário. Não é aí que está o começo das sociedades. Animais sociais como as formigas e as abelhas não possuem aproximações sexuais duradouras. Outros são monógamos, como certos pássaros e certos mamíferos. Tampouco é a família a origem dos grupos sociais. Seria o "ninho" o ponto de partida. O que se vê, de ordinário, é a dispersão dos filhos; senão logo, dentro de pouco tempo. Outras vezes, a desaparição da mãe não causa qualquer perturbação na vida dos que habitam o ninho, O parentesco é elemento de segunda ordem na associação dos mamíferos e dos pássaros. (Aliás, os agregados heterogêneos, isto é, de indivíduos de espécies diferentes, não são raros.) 2. *Ninho* e *associa çâo.* Resta pensar-se no ninho em si, como trecho de espaço para onde convergem os animais. A casa, ponto de partida, se se prefere, para que se não restrínja o conceito ao ninho feito e se apanhem os cantos, as anfractuosidades e os lugares cômodos e seguros que atraem os animais. O que é essencial é que deles saiam e a eles voltem. Se observarmos que, quase sempre, a localização não é sugerida por dados objetivos (e.g., numa folha só, igual às outras folhas da árvore, num buraco igual aos outros buracos do terreiro), logo nos acode que há elemento subjetivo que intervém. A casa passa a ser efeito, e não causa. A sociabilidade faz a casa, o centro, — em vez de ser a casa que reúne e associa. E o que mais é: o lugar escolhido pode não ter influído, e a sociedade não repousar em qualquer interesse material (troca de alimento, alimentação de filhos). Mas a associação tem a sua causa. Isso não quer dizer que seja a mesma para todos os animais. A causa é a *semelhança.* Encontramo-la nos próprios agregados heterogéneos, porque é elemento *comum* que associa.

3. *Par andrógino.* No par andrógino está um dos círculos mais rudimentares — binário, como a amizade, a caça a dois etc. — e poderíamos representá-lo pela divisão dele em dois semicírculos, o

homem e a mulher. A análise das relações que nele se formam pode apresentar-nos regras que nos permitam resolver problemas, mais ou menos graves, da sua vida e da vida dos grupos maiores. As melhores formas de existência para o homem ou para a mulher não são as mesmas formas que seriam melhores para o grupo andrógino: para o homem (círculo ou edificio físico-químico), o melhor seria o domínio sobre a mulher; e para a mulher, a sujeição do homem. Outras são as formas melhores *para o par.* Com a formação do círculo, o homem não entra como sistema, e sim como parte de sistema; igualmente, a mulher: daí os deveres recíprocos, os direitos, que adaptam cada elemento à vida do pequeno círculo. Depois de unidos os dois, modificam-se, *ipso facto,* a religião, a moral, a economia, o direito de cada um.

4. Clã. No clã, os individuos consideram-se parentes uns dos outros; mas só o reconhecem porque têm todos o mesmo tóteme, e o tóteme é o ser animado ou inanimado, quase sempre animal ou vegetal, de que o grupo crê descender e constitui, para ele, emblema ou nome coletivo. Não entrou ainda, pelo menos visivelmente, o elemento territorial definido, o fato espácio-geográfico. Não é ainda o clã local, não é a aldeia, não é a tribo. Quando a cristalização se faz mais espacial e hierarquizada, passa-se do clã à família, grupo suscetível de evolução intrínseca; em vez da coexistência descentralizada do clã, vem a mais precisa regulamentação, com a diferenciação do poder e da responsabilidade, que deixam de ser *indivisos.* O clã é o grupo amorfo, quase devemos dizer líquido, que se conserva o que é, a despeito de penetrar no espaço social em que se acha o outro clã. *É* possível a penetração sem que se absorvam.

O clã é a sociedade *antes* da intervenção definitiva do espaço territorial, o que não tira outros elementos espaciais que o caracterizam, e fortalece a concepção, definida alhures (nosso *Sistema,* 1,125-136, 145), de que o espaço social é *continuum* de *n* dimensões, de modo que o espaço euclidiano entra como simples fator geográfico, a que necessariamente correspondem certos fatos sociais; quer isso dizer, não está para os organismos sociais como para os sólidos naturais da terra. Dissemos que o clã é o estado anterior à intervenção definitiva do espaço territorial. E assim é.

Com o começo de inclusão do fator geográfico espacial, dá-se a evolução interna do clã, com a aparição do fato social de transmissão

masculina do tóteme. Quando a intervenção for definitiva, a forma do clã desaparecerá: estará, no sentido euclidiano, “espacializado”, isto é, fixado a território, e integrado.

5. *Fratria.* Na fratria segmenta-se o clã em certo número de clãs, sem que deixe de haver a solidariedade e o sentimento de origem comum, no círculo que pelo conjunto deles se constitui. Após o circulo social do clã vem, pois, o circulo social da fratria, com o seu tóteme, de que derivam, por vezes, os dos clãs secundários. Com a ampliação, também se opera a ampliação da lei da exogamia. O clã é totêmico e, pois, exógamo, desde que a exogamia evita o contato com a mulher do mesmo tóteme e permite as relações sexuais com a fêmea não-ilícita, isto é, a mulher cujo sangue não é o do tóteme do clã a que pertence o homem, mas o de outro círculo social, cujo tóteme não é sagrado para ele. Os deuses dos outros povos não são deuses para nós, porquanto a religião éprocesso de adaptação e, por isso mesmo, *interiOr ao grupo.* O caso dos Arunta, verificado por Spencer e Gillen, não contradiz a correspondência entre o totemismo e a exogamia. A exogamia existente nas fratrias é que persiste no clã primário; os secundários, segundo E. Durkheim, perderam a exigência. O círculo menor, que é o clã, deixa de ser o motivo de exogamia; começa a política do circulo maior, que é a fratria, onde se representam todos os *tótemes.*

6. Fator geográfico. Desde o mais rudimentar dos círculos sociais começa a atuar o elemento espacial, o fator geográfico. No próprio clã é impossível a exclusão absoluta de tal influência. Vai-se de mínimo a máximo de intervenção; o zero da atuação espacial seria como o gás perfeito, a linha reta. Por isso mesmo não se pode saber qual o mais elementar dos grupos locais; o que épossível é remontar-se, na escala da evolução das organizações territoriais, até onde já se não percebe, sem árduos esforços e ilações, o elemento espacial. O grupo totêmico não se apresenta livre das relações com o solo, nem, tampouco, independente das circunstâncias geográficas, permanentes ou passageiras; mas certo é que o clã pode alargar-se, ou não, sem que isso resulte, se dificulte ou colida com a estrutura da terra e a distribuição territorial: o homem sofre, então, a determinação antropogeográfica, como sempre sofreu, mas a forma social ainda não se expressa em figura espacial, três de cujas variáveis espaciais seriam as dimensões da geometria vulgar. Noutras palavras, ainda não concorre definitivamente para a forma social o elemento geográfico. As descontinuidades espaciais não dissolvem o clã, porque o clã é

amorfo.

7. *Tribos.* Na própria tribo, as fronteiras ainda são pouco marcadas; por vezes os filhos têm alguns direitos no grupo do pai, iguais aos que se lhes reconhecem no grupo materno. Quando se acentuam os hábitos da vida local e ao coeficiente territorial correspondem a solidariedade, a cooperação, os laços de coesão espacial, sucedâneos da coesão mística, que serviu ao totemismo, — então se estabelece e fortifica o princípio da filiação paternal e se fixa a organização territorial, isto é, a organização em que a estrutura depende das dimensões e formas da geometria vulgar.

Tal evolução chegará a graus adiantadíssimos de precisão e de importância informativa. A fixação das fronteiras sucederá noção do território nacional com os expedientes dos tratados, das guerras, das demarcações, das composições amigáveis e das concessões de condomínio em pequenos territórios ou águas limítrofes. Em vez de mística, torna-se territorial a soberania. Mas o elemento psicológico, antes místico (totêmico), não deixará de se acentuar e tanto assim é que a descontinuidade não impedirá a existência dos impérios, nem das possessões. O a que se atende, no totemismo como nas organizações territoriais, não é a continuidade, elemento auxiliador da agregação, porém a comunidade, ali de *tóterne,* e aqui de território.

8. *Círculo social e direito: tipos de direito.* A cada círculo social corresponde o seu *tipo de direito,* o seu sistema.

Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais por fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O

direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência *dentro* deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, no sentido estrito, tem o direito que lhe corresponde.

Entre a ave A e os filhos há certo conjunto de regras de proceder, mas, se bem que, hereditariamente, a ave *a* seja filha de b e, pois, neta de *c* e sobrinha de *d,* não podemos, sociologicamente, falar da família da ave *c,* progenitor comum, porquanto falta o fato social *família,* que não é zoológico, mas sociológico. Não teria sentido para *c* a relação entre

ela e o neto i. As relações, que no homem são múltiplas, nos animais inferiores são escassas. E com as relações que se compõem os círculos, ora menores, ora maiores. Pois bem: a cada círculo correspondem certas espécies de *modus vivendi,* situações de coexistência cuja forma é o direito. Apenas, entre tais situações, umas são adaptações, e, outras, medidas para se evitarem e corrigirem defeitos de adaptação do indivíduo ao círculo, ou do círculo ao indivíduo. Cada ser humano pode pertencer a muitas sociedades e, pois, estar sujeito (e está sempre) a mais de um sistema juridico, econômico ou moral. A todos os grupos, desde os binários aos mais vastos e múltiplos, correspondem formas afetivas de entusiasmo, de dedicação, de amor e de sacrifício. Do par conjugal à família, do clã à fratria, à tribo, à nação, às chamadas raças, aos continentes, às civilizações, há a mesma exaltação sentimental, fecunda, que amplifica o eu, aumenta, cerebralmente, todos os valores, transforma o objeto amado em sinal de sinais, alusão simbólica a tudo que é belo. É assim que se explicam as paixões do grupo binário (homem, mulher), os delírios das escolas religiosas, dos agrupamentos fanáticos, das seitas e das sociedades reformadoras, o patriotismo, o pan-americanismo, o hispano e o ibero-americanismo, o pan-eslavismo, o pan-germanismo, o latinismo, o anglosaxonismo, o humanitarismo.

9. *Relações de família: regrarnento do casamento e direito tutelar e parental.* O direito estuda e regra: *a)* As relações do *par and rágino;* e é lamentável que os Códigos Civis quase só se refiram àunião legalizada, ou sacramental. b) As relações do círculo *família,* tal como persiste hoje. Dela haveriam de ser excluídas as de curatela de loucos, intoxicados etc., pelo deverem pertencer à Parte Geral.

Rigorosamente, o direito tutelar, quer no tocante ao pátrio poder, quer no tocante à tutela e à curatela, não devia achar-se no direito de família, salvo quando se tratasse de efeito imediato da relação parental. Aliás, se os Códigos Civis se afastam de tal classificação, é porque obedecem a sugestões históricas e sistemáticas estranhas à distribuição científica dos ramos do direito em sentido objetivo. Dissemos “em sentido objetivo”, porque o simples fato de se achar no Direito de Família, Livro 1 da Parte Especial do Código Civil, alguma regra de lei, não significa que todos os direitos dela oriundos sejam, em sentido subjetivo, *direitos de família.* É de alta importância saber-se que a colocação do direito tutelar no direito de família apenas é de conseqüências para a sistematização de tal parte do direito civil no sentido objetivo. Também o Código Civil alemão, nas pegadas das leis

antigas, incluiu o *Vormundschaftsrecht* no direito de família, mas os autores frisam que o fez com fundamento só histórico, e não sistemático. Para designar o conjunto das regras que concernem ao pátrio poder e ao *Vormundschaftsrecht* empregam alguns a expressão *Mundrecht.*

Posto que distributiva das matérias jurídicas só no sentido objetivo, a sistemática da divisão da Parte Especial do Código Civil é de certo valor quando se procura saber qual a qualificação adotada pelo legislador brasileiro para determinado instituto ou preceito de lei. A despeito de existirem enunciados que se refiram àmorte e à sucessão, é regra de interpretação da lei civil que se há de reputar direito de família, e não direito das sucessões, o que se acha no Livro 1 da Parte Especial do Código Civil, bem como tudo que nele se insere, porém que melhor seria colocado na Parte Geral, pois, *para o legislador,* é de direito de família, e não de direito sobre a capacidade, que se trata.

§ 760. Conceito de família

1. *Diversidade dos conceitos.* A palavra "família", aplicada aos indivíduos, empregava-se no direito romano em acepções diversas. A palavra "família" também se usava em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimô nio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor (L. 195, *§§* 1 e 3, D., *de verborum* significatione, 50, 16). Lê-se em Almeida e Sousa (Notas *de uso prático,* II, 290): "Esta palavra *família,* em um sentido especial, compreende o pai, a mãe e os filhos; e tomada em um sentido geral compreende todos os parentes." As vezes exprimia a reunião das pessoas colocadas sob o poder pátrio ou a *manus* de um chefe único: "iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate, aut natura aut iure subiectae" (L. 195, *§* 2, D., *de verborum significatione,* 50, 16). A família compreendia, portanto, o *pater Iam ilias,* que era o chefe, os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder, e a mulher *in mamÃ,* que se considerava em condição análoga à de uma filha: (oco *filiae.* O *pater familias* e as pessoas sob seu poder eram unidos entre si pelo parentesco civil *(agnatio).* Esse laço, que ainda persistia após a morte do chefe e mesmo entre os filhos tornados *sui iv ris* com a morte do *pater iam ilias,* motivou outro sentido do vocábulo "família" no direito romano: communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen

omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt" (L. 195, *§* 2, D., de *verborum significatione,* 50, 16).

2. *Tipo patriarcal.* O tipo patriarcal da família romana constituiu o auge do despotismo do varão. Não era sem certo orgulho que Justiniano, faltando à verdade, considerava a instituição romana da *patria* potes *tas* como exclusivamente romana. Gaio fora mais prudente: poucos povos a tinham semelhante. O que é certo é que os Gálatas e os Gauleses conheceram fatos sócio-jurídicos de igual monta. Outrossim, os indígenas americanos, Hebreus antigos e Arabes modernos. Em direito romano, a *patria potestas* não era concedida aos peregrinos, mas podiam eles, em suas leis nacionais, possuir algo de parecido.

Na família romana, o filho é estranho à família de origem da mãe. Da própria mãe ele só é parente porque ela se acha sob o poder do pai. A mulher é *loco filiae.* Em relação ao pai do marido, *loco neptis.* A possibilidade de casamentos sem *manus* já constitui evolução. O marido tem o poder de vida e de morte, de mancipação e de repúdio. É fácil perceber-se como o despotismo romano cerceava os atos da mulher, comprimindo-a, à semelhança dos pés chineses dos velhos costumes. Se a matéria da vida éplástica, dificilmente se pode levar a perduráveis absurdos o intuito de deformação. Os próprios costumes temperaram os rigores do direito romano patriarcal, e conferiram à mulher o respeito que merecia.

Todavia, as atenuações tiveram como causa fatos econômicos e morais (não só econômicos), provocadores de redução da assimetria entre o *pater familias* e a mulher *in manu.*

3. *O conceito* de *família no Código Civil.* Ainda modernamente, há multiplicidade de conceitos da expressão "família".

Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangúinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e

parentes sucessíveis de um e de outra. O primeiro conceito corresponde, até certo ponto, àqueles tipos de agregados civis, de que são exemplo a *gens* dos Romanos e o *genos* dos Gregos, sendo de notar-se que a gens se compunha de pessoas que usavam um só nome, *gentilicium,* e possuíam culto próprio, *sacra gentilitia,* ainda que não pudessem provar o parentesco existente entre elas. O clã céltico, a comunidade familiar índia, a associação familiar dos Eslavos do sul e outras tantas instituições assemelham-se à gens romana e ao genos grego, constituindo classe de agregados parentais.

O Código Civil não emprega a palavra "família" para caracterizar um circulo social. A expressão apenas serve para qualificar um ramo do direito civil: o direito *de família.* Aparece, porém, o termo na Constituição de 1988, art. 226, para se dizer que a "família", enquanto base da sociedade, constituída pelo casamento de vínculo dissolúvel, está sob especial proteção do Estado. Além das variantes que acima foram apontadas, há as que concernem aos diferentes sistemas jurídicos do passado (direito oriental, direito grego, direito romano, direito canônico, direito lusitano e luso -brasileiro) e do presente (direito japonês, direito muçulmano, direito alemão, direito francês, direito italiano etc.). Cumpre, contudo, notar-se que não é a algo de concreto que se refere o texto constitucional, e sim à *instituição* social da família, ou da entidade familiar (art. 226, *§§* 39 e 49), o que vale por diretriz programática da Constituição de 1988, além de regras de direito cogente, como o que se refere à simetria entre homem e mulher no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, *§* 59. Sob a Constituição de 1988, art. 226, *§* 6ª, o vínculo matrimonial é dissolúvel pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano, ou separação fática por mais de dois anos. Se bem, que, no direito anterior se falasse de família e de indissolubilidade do vínculo e se dissesse que aquela repousava nessa, não se poderia tirar que o direito constitucional não considerasse família e não reputasse digna de proteção e com direito a ela a família das pessoas cuja lei pessoal admitisse o divórcio a vínculo, tanto mais quanto seria possível que dela fizessem parte Brasileiros. Vamos aos exemplos. Se alguma lei ordinária regulasse o abandono de família (direito civil ou direito penal), não se protegeria somente a família ligada a um par casado com indissolubilidade do vínculo conjugal, mas, em geral, à família, se bem que coubesse à legislatura ordinária fixar os pressupostos para a incidência das regras da lei. Se alguma lei penal considerasse agravante ato praticado contra pessoa da família do acusado, família não seria só aquela em que houvesse o ponto de partida de um casamento a vínculo. Em verdade, há dois conceitos, que foram encambulhados nos textos constitucionais anteriores, sem

que de tal associação se pudessem tirar conclusões contrárias ao que a própria Constituição quis proteger em capitulo especial. Seria desconhecer-se o intuito ético-político do legislador constituinte, que não pretendeu defender só a *instituição jurídica,* mas a família como *instituição social.*

4. O *que é forma de família.* Chama-se *forma de família* o critério pelo qual se estabelecem as relações entre os cônjuges e entre esses e os filhos. A estruturação familial ou concerne a laços sexuais denominados pelos lógicos "um-um", "um-dois (ou mais)", "dois (ou mais) — um", "dois (ou mais) — dois (ou mais)", ou a laços de relação parentais

"pai-filhos", "mãe-filhos", "pai e mãe-filhos".

5. *Monogamia* e *poligamia.* Quanto à união conjugal, a família pode ser monogâmica ou poligâmica, conforme a aproximação sexual se faz entre um homem e uma mulher, *viri et mulieris coniunctio,* ou entre um homem e várias mulheres (os escritores canonistas chamavam *polignecia,* cf. Monte, *Direito eclesiástico,* II, 203; melhor, *rnonandria),* ou uma mulher e vários homens *(poliandria).* A promiscuidade absoluta, que alguns sociólogos consideram a forma primitiva, seria, portanto, poliandria indefinida agravada por poliginia igualmente indefinida: *viroruni et mulierum coniunctio.* A poliginia, que consiste no regime conjugal de muitas mulheres para um só homem, é tida pelos antropologistas e sociólogos como anterior à monogamia, ao passo que a poliandria existiu por determinadas e excepcionais circunstâncias depois da monogamia (A. Eleutheropulos, *Soziologie,* 70). Tudo isso é, em verdade, assaz inseguro, porquanto não se provou que haja período poliândrico na sucessão das formas de família, se bem que apareça a poliandria acidental, de caráter religioso, ou conseqUência de circunstâncias especialíssimas de certos momentos. Na história da prostituição não se pode encontrar qualquer forma de família, pois que a prostituição é a negação mesma de organização familial; porém, se estudamos a poliandria e a prostituição, concluímos exatamente por uma proposição extraordinariamente reveladora da *diferença* de repercussão psicológica do poder econômico no homem e na mulher: onde quer que se encontre o *atélier* familial entregue à mulher (preponderância feminina na produção dos meios de vida), vemos que a mulher impõe a monogamia, em vez de querer a poliandria, ou a promiscuidade; ao passo que, nos momentos de poder econômico ou

de capitalismo nas mãos do varão, aparece a prostituição ou a poligamia.

6. Relações *de dependência.* Quanto às relações de dependência, parentesco e autoridade entre os membros da associação familial «i. Kohler, *Einfúhrung,* 41), distinguem-se as formas de família em matriarcado, patriarcado e o tipo atual mais ou menos igualitário. O matriarcado é tido como o regime primitivo, dos tempos em que não existiam famílias, e sim rebanhos ou hordas «1. 3. Bachofen, L.H. Morgan etc.).

§ 761. Teorias em relação à origem da família

1. *Organização primitiva.* A principal questão é a da organização primitiva, em torno da qual se assoberbou literatura minuciosa e contraditória. A discussão escapa ao plano deste livro e por isso nos limitamos a distinguir e classificar as opiniões, cumprindo notar-se que se trata de problema semelhante aos da origem dos mundos, das civilizações, do próprio homem. O seu interesse érelativo, salvo no terreno teológico ou metafísico. É difícil evitar-se a influência de alguma concepção da procedência divina e pois da decadência do homem, ou do homem natural imperfeito, em evolução para um tipo perfeito, ou, ainda, pois que a há, de ciclo do perfeito ao perfeito. Escusado é dizer-se que estaremos fora do terreno científico sempre que qualquer dessas atitudes psicológicas atue na formulação das proposições pretendidamente científicas.

2. *Teorias principais.* Foram as seguintes as teorias principais: *a)* Teoria da monogamia originária, pregada por muitos zoólogos e etnólogos, entre os quais Charles Darwin, em seus trabalhos sobre a origem do homem, A. Rauber, em seu livro *Urgeschichte des Menschen* (1884), H. E. Ziegler, Starcke, E. Westermark, em sua *History of Human Marriage,* e Ernst Grosse, em notável estudo sobre as formas da família, *Die Formen der Familie und die Formen der Wirtschaft* (1896). Um deles, H. E. Ziegler, reduzindo o amor mútuo entre os casados e o amor dos pais quanto aos filhos a *dados psicológicos* irresistíveis, crê que esses impulsos instintivos regeram e hão de reger, sempre, o gênero humano. Mas esquece-lhe (objetou A. Eleutheropulos) que existe dado

psicológico, igualmente poderoso: o desejo de variar, de novidade, de desconhecido. Em todo o caso, nem aqueles dados bastam para se provar o império da forma familial monogâmica, nem esse a promiscuidade primitiva. Nem mesmo se pode saber, ao certo, em que data apareceram tais fatos mentais, que H. E. Ziegler considera, *ab initio,* consubstanciais à natureza humana. Esse método é falsíssimo. “. . Ziegler, partindo do amor filial, desgarrou de sua posição de naturalista e cometeu o erro de concluir do amor paterno encontrado na História a existência primitiva da monogamia, em vez de admitir, como fora mais lógico, que com a monogamia nasceram o amor filial e a afeição conjugal que dura toda a vida”. Sempre que se procura a base psicológica de uma estrutura social corre-se o risco de considerar causa o efeito ou a simples existência paralela, ocasional, da estrutura e do dado psicológico. No caso da teoria da monogamia originária, havemos, ainda, de notar que o amor paterno se encontra, por igual, em períodos de poliginia, o que solapa de si só a autoridade do argumento de Ziegler. Nem se pode prever, em eventual estatalização da educação da mocidade e dos próprios cuidados com as crianças, a correlação, que ele pretendeu existisse, entre o amor paterno e a monogamia. Se algum dado psicológico haveria de ser estudado para se investigar o elemento dinâmico, interior, das formas monogâmicas, seria o sexual, e não o parental.

b) Teoria da promiscuidade primitiva, sustentada por ci. ci. Bachofen, no livro *Das Mutterrecht* (1861), como hipótese auxiliar para a explicação do matriarcado, e mais tarde por L. H. Morgan e Mc-Lennan. Seria o matriarcado o estado intermediário entre a *anomia* (ausência de regras) e o patriarcado. Antes do matriarcado, há promiscuidade. Por quê? Se a preponderância da mulher no terreno econômico-profissional leva à monogamia, édifícil aceitar-se que o matriarcado exija a promiscuidade como *forma de que proveio.*

c) Teoria das uniões transitórias, isto é, o homem e a mulher permaneciam juntos algum tempo após o nascimento do filho. Tal explicação, confirmada, em parte, pela zoologia (também animais se unem periodicamente, contribuem para a nutrição do filho e em seguida se separam), tem contra si, em parte, a sociologia de certos grupos animais, nos quais não há tal permanência, ou o par sexual continua ligado, a despeito da desaparição ou do afastamento dos filhos. Defendem-na alguns, que, se é certo haverem criticado, com felicidade, as outras teorias, não conseguiram firmar os créditos da sua. No terreno puramente científico, temos de satisfazer-nos, até esta hora, com enunciados relativos a certas correspondências entre

determinadas situações sociais e as formas de família, com o que obtemos o conhecimento de algumas relações causais. Em todo o caso, toda unideterminação deve ser afastada: aqui, é o elemento religioso que sustenta uma forma; ali, é a economia que obriga a soluções novas ou à mantença de hábitos que tiveram causas diferentes; acolá, são correntes morais, continentais ou de um continente para outro, que alteram as linhas gerais da instituição da família.

3. *Problema da origem e do encadeamento das formas de família.* O problema da origem ou da encadeação das formas de família nada tem com o problema de serem apontados os inconvenientes e as conveniências de algumas delas ou de todas. Esse último é suscetível de ser posto em termos de biologia, de sociologia aplicada e de moral. Claro que as soluções podem ser diferentes. A poliandria, além dos inconvenientes, que possui, quanto à fecundidade da mulher, é contrária a dados de moral e de organização social, tais como o envelhecimento rápido da mulher, aumento do número das mulheres a que se tem dado o nome de "mulheres sem homem", infringência de uma lei que faz aproximados o número dos varões e o número das mulheres *em cada momento.* No estado atual das organizações sociais, as razões de se vedar a poliandria são: *a)* incerteza da paternidade, de onde derivariam não se saber quem deveria sustentar o filho, discórdias, confusões; *b)* têm-se de entregar somente à mãe a educação dos filhos, o sustento e os cuidados, sem se levar em conta a diminuição do seu valor produtivo durante a gravidez; *c)* decréscimo do coeficiente de solidariedade social, de que a solidariedade familial é elemento; *d)* o fato de, ainda depois de dez meses, ter importância a cópula da mulher com outro homem que o seu marido (hereditariedade por influência). O argumento maior quanto àpoliandria é a infecundidade da mulher, ao que talvez esteja ligada a sua tendência à monogamia. Seja como for, é dado sociológico que a mulher, na história, quando dela depende a fixação das formas, prefere a monogamia, exatamente o que é mais propicio à procriação, à criação dos filhos e à segurança da família num sentido estrito de par andrógino + filhos. A poliginia não tem o inconveniente de diminuir a procriação. Mas é subversiva da ordem social: fundando-se na *desigualdade de sexo,* acaba por escravizar a mulher e desenvolver nos homens a perversão sexual, os excessos, com todas as suas resultantes mórbidas e degenerativas, isto é, enfraquecimento do individuo e conseqúente fraqueza da prole. Os nossos dias marcam a desaparição da poliginia em povos que até há pouco a ela estavam convictamente aferrados. E digno de observar-se que isso ocorre exatamente quando despertam para melhores condições materiais e morais do Estado e das populações. A própria Rússia soviética afastou,

mais tarde, qualquer insinuação de organização poligínica, porque seria a negação mesma da *igualdade* entre os sexos. A promiscuidade possui, juntamente, os inconvenientes da poliandria e da poliginia, de que ela é apenas o estado simultâneo. Pretendeu Chr. von Ehrenfells *(Sexualethik,* 76) que a fecundidade dos Chineses fosse devida a haver mulheres não-legitimas, de modo que se constituíam famílias como que laterais, tendo os filhos os mesmos direitos que os legítimos. Ora, em verdade, a despeito da legislação monogâmica, não é muito diferente o que se passa noutros países, sem repercussão tão favorável à ascensão dos índices demográficos; e, ao que nos informou M. von Brandt *(Aus dem Lande des Zopfes,* 121), poucos eram os Chineses que tinham concubinas e filhos ilegítimos. Deu mesmo outra explicação Wilhelm Schallmayer *(Vererbung und Auslese,* 294 s.): entre nós, a fecundidade decresce à medida que se sobe nas camadas sociais; na China, há maior índice nas classes altas do que nas outras. Talvez a explicação seja de ordem ética e econômica: casamentos no começo da vida, abstemia, pequena propriedade, longevidade (causa ou efeito?), não-restrição à concepção.

Assim, pois, a monogamia é o estado mais adequado e, quiçá, o único compatível, no plano juridico, com a solidariedade social e as demais condições necessárias do aperfeiçoamento e do progresso humano. Consulta os mais elementares imperativos de fisiologia e de psicologia o princípio de que *o ser humano feliz procura a permanência da sua felicidade.* O homem ou a mulher que se sente bem na convivência sexual, e não só sexual, com a sua companheira ou o seu companheiro, busca conservar as circunstâncias que lhe permitam essa convivência. Só a monogamia atende a esse dado. As próprias uniões estáveis são provas da excelência da forma monogâmica. Isso não quer dizer que o casamento se não possa dissolver: constitui outro problema e a indissolubilidade, restrita a poucos povos contempOrâneos, imporia a permanência onde *nenhuma* felicidade já seria possivel. O sentimento do amor, que, hoje, costumamos associar ao casamento, foi posterior a esse. Mais exatamente: ao próprio casamento monogâmico. A monogamia criou o amor; não o amofl a monogamia, menos ainda ao casamento. Há casamentos sem amor; amor, sem casamento; amor, sem relações sexuais sequer; relações sexuais, sem amor A combinatória dessas variáveis permite tipologia humana, individual e social, que muito esclarece sobre o caráter e a profundidade espiritual. O casamento — no sentido jurídico

— *é* instituição *consciente,* ritualizada, que veio a desenvolver-se desde as formas mais primitivas, que são quase-nada de casamento, seja poligâmico, seja poliândrico. A sua meta histórica, perceptível hoje, é

a união entre o homem e a mulher nas condições mais favoráveis possíveis, no momento e no lugar, à liberdade, à igualdade, à felicidade e à ordem social. No tocante à felicidade, havemos de entender que abrange a satisfação do mínimo exigido pela psicanálise à vida em comum. Sabendo-se que esse é o sentido da evolução do casamento tem-se critério para se apreciar o valor de cada regra jurídica de determinado país e para se compararem as regras jurídicas de diferentes países.

§ 762. Matriarcado, patriarcado, forma atual

1. Origens. Se a forma de família nas origens foi a monogamia, é possível pensar-se no patriarcado e no matriarcado. A promiscuidade e a união transitória implicam os regimes indecisos. Tudo depende das variáveis históricas e econômicas do grupo social. Seria demasiado simplista a afirmativa de que a falta de mulheres determinava a poliandria, ou de que a escassez de varões impunha a poliginia. Outrossim, de que os povos monógamos fossem patriarcais: o que hoje se sabe é que a predominância da mulher leva à monogamia, ainda quando não estabeleça o matriarcado.

2. *Formas legais.* As formas *legais* da vida social, nos nossos tempos, são monógamas. Alguns povos, como o Brasil até 1937, chegaram ao extremo conceptual de só admitirem o reconhecimento de filhos não-adulterinos, o que se pretendeu restaurar, em 1946, na Assembléia Constituinte. Isso não quer dizer que as legislações mais rigorosas no tocante ao regramento jurídico das relações sexuais correspondam às populações mais moralizadas. O índice de moralidade de um povo é dado pelo número de uniões permanentes, legalizadas ou não, e o grande número de casamentos pode perder a significação estatística com a freqüência das relações extraconjugais e a propagação da prostituição. A despeito de diminuição aparente dos valores morais, no que concerne àsexualidade, a nossa época é intensamente preocupada, quer na literatura, quer no cinematógrafo, quer nas pesquisas científicas, com o problema moral das relações sexuais.

Nunca houve outra que apresentasse menor coeficiente de hipocrisia social e maior meditação dos casos de consciência, das diretrizes filosóficas e práticas, do proceder humano nas relações entre homem e mulher (salvo, está claro, nos países decadentes, que volvem ao passado para serem mais rapidamente eliminados). A linha que marca a evolução do princípio de igualdade dos sexos e da independência econômica da mulher, ao invés de traduzir, como exames superficiais sugerem, desregramento crescente na vida sexual, acentua a tendência a mais sólida moralização das relações sexuais, quer sob forma legal, quer sob a forma de uniões permanentes.

3. *Poder marital e poder patriarca!.* Quanto ao poder marital ou patriarcal, constitui evolução subsumida na diminuição progressiva do elemento despótico a atenuação dos poderes do marido, no sentido de perfeita simetrização entre direitos e deveres maritais e direitos e deveres uxórios *(e.g.,* Constituição de 1988, art. 226, *§* 59), dos poderes do pai, aliás também da mãe, no tocante aos filhos. Quanto aos deveres, já ninguém pode negar o aumento das funções do Estado, funções que assaz se justificam pela necessidade de ser social a obra de higiene, de profilaxia, de educação, de preparação profissional, militar e cívica, da juventude. A política contemporânea sabe qual o valor do homem, conhece os meios de aumentá-lo sem ser pela multiplicação das unidades e aparelha o Estado para cuidar das crianças, com igual ou mais apurado e sábio intuito que os dos pais. Aliás, algumas estatísticas mostram que o amor dos pais não corresponde ao que deles se espera quanto à formação e à destinação dos filhos. Seria melhor que os pais bastassem, mas a ciência, sobretudo a ciência política, não pode satisfazer-se com o que seria melhor: tem de contar com o que é.

§ 763. Direito em geral; Direito de Família

1. *Conceito de sociedade e conceito de direito.* Sociedade é o conjunto de homens em que cada um cede aos fins objetivos dos outros em favor dos seus. A definição provém de Rudolf Stammler. Refere-se a sociedade no sentido sociológico, que é o único, agora, a nos

interessar. Temos sempre preferido a expressão “grupo social”, menos suscetível de ambigoidades e de equívocos. Quando urna sociedade adquire personalidade perante os seus membros e perante outras sociedades igualmente personificadas, elaborando, ou deixando a entidades interiores a elaboração do seu direito, temos o Estado, que se baseia na realidade histórica de um povo, ou parte da afirmativa da existência dele. (Para a definição do Estado, em termos de relações, como se torna definível e de modo científico, veja-se o nosso livro *Democracia, Liberdade, Igua Idade, os três caminhos.)* Dentro dos círculos sociais, que correspondem aos Estados, constituiu-se a urdidura de sistema jurídico, que permite aos homens as suas ambições de bem-estar, de ideal, de progresso, as suas conquistas de solidariedade e as suas necessidades de justiça. O Direito é força social que atende aos interesses em jogo, promovendo a adaptação dos indivíduos entre si, dos indivíduos ao Estado e do Estado mesmo aos indivíduos. Embora queira Georg Jellinek *(Alígemeine .Staatslehre,* 156) que não corresponda ele a qualquer realidade exterior a nós, o que é contra-senso, provém de realidade profunda, de dado objetivo, tão objetivo quanto quaisquer outros: a ação humana.

2. *O direito como processo social de adaptação.* Processo social de adaptação, o Direito distingue-se da Religião, da Moral e da Arte, bem como da Política e da Economia, da Ciência e da Moda. As proposições “Deus existe” “Não se deve falar mal do próximo” “A Vênus de Milo é bela”, “E preciso criar, no lugar A, ao tempo A, escolas”, “Este ano devemos plantar laranjas”, “2 + 2 = 4”, “Está em moda a cor azul”, não são enunciados jurídicos. Quando dizíamos que era preciso fazer-se lei de divórcio, procedíamos como políticos. Se formulamos: “A lei brasileira admite divórcio”, a nossa proposição é jurídica. Toda consideração *de lege ferenda* é de ordem política, quase sempre ligada a outro processo social de adaptação, como o religioso, o econômico, o moral. Se sugerimos que se proceda à releitura da lei, a fim de escoimá-la de erros de linguagem e de lhe dar melhor estilo, o propósito é estético-político. Quando se pede a abolição do direito de castigar o filho com pancadas, atende-se a indicações da ciência e a imperativos novos de moral.

Nem sempre os escritores procuram ver o Direito como processo social de adaptação. Daí as definições metafísicas que enxameiam. Hobbes dizia-o o uso das faculdades naturais segundo a boa razão. A moral caberia aí. A política também.

Pachmann definiu-o a medida da liberdade na vida comum. No

entanto, muitas regras jurídicas não dão a medida da liberdade, mas a da igualdade, e outras há que apenas fixam a medida das obrigações do próprio Estado para com o indivíduo. Por onde se vêem a insuficiência e a imperfeição quantitativa, e não só qualitativa, da definição. Kachnitza apontou-o como a conformidade das relações sociais com a essência, a vida e o destino da sociedade. Note-se a inconstruibilidade científica de tais conceitos aparentes: essência, destino da sociedade. Direito é o complexo de normas, asseguradas pelo poder público, a fim de regular situações e de garantir as situações reguladas pelos seus ditames. A coação, só por si, não no caracteriza; as regras jurídicas são, antes de tudo, regras de garantia.

3. *Classificação das regras jurídicas.* O direito é escrito ou é não-escrito (Tomo 1, *§* 20). O direito não-escrito ou se faz ao lado do direito escrito, ou contra ele. No primeiro caso, é o costume supletivo, ou a jurisprudência supletiva; no segundo, o costume derrogatório, ou a jurisprudência derrogatória. A distinção pertence ao Método de Fontes e Interpretação das leis.

Quanto à intensidade das normas, ora são elas de direito público, ora de direito privado. Umas e outras podem ser de interesse público e de interesse privado, de direito cogente, de direito dispositivo, ou de direito interpretativo (Tornos 1,

§ 18, e III, *§* 256), ou, ainda, regras de ordem pública (conceito restrito às relações internacionais e intertemporais) e regras que não são de ordem pública.

Também pertence à definição das regras jurídicas a distinção entre direito das gentes e direito interno, aquele supraestatal e esse intra-estatal. Quando o direito regula relações sem ter em vista a incidência de regra jurídica no espaço, no tempo ou na sua extensão lógica, diz-se *direito substancial.* Se determina corno se há de interpretar alguma regra, ou desde quando, ou onde incide ela, temos a regra de *sobredireito.* Quando a norma jurídica resolve sobre situações em que se acham as pessoas, ou as coisas, estabelecendo proposições jurídicas em que passam a figurar, é de *direito material.* Se procura prover à realização de outras regras jurídicas, diz-se *direito formal.* A regra "Os imóveis dotais não podem, sob pena de nulidade, ser onerados, nem alienados, salvo em hasta pública, e por autorização do juiz competente, nos casos do art. 293 do Código Civil" é de direito material; a outra, "O juiz ouvirá, sobre o pedido, o Ministério Público

e, se o julgar procedente, à vista das razões e provas produzidas, concederá a autorização", é de direito processual. O fato de serem metidas nas leis processuais regras de direito material e no direito material regras de direito processual não lhes muda a natureza. Divisão, assaz usada, do domínio jurídico é a que distingue o direito público e o direito privado *(§* 21). Trata-se de intensidade do interesse do Estado, de modo que difícil será encontrar-se conceito *a priori.* Por outro lado, há regras de interesse público no direito privado e regras de direito público que não são de interesse público (e.g., algumas regras dispositivas e interpretativas). Ainda mais: algumas matérias passam de um para outro, conforme circunstâncias jurídico-sociais que lhes mudam a natureza.

O que podemos extrair de exata observação dos fatos é o seguinte: é de mister que a intensidade seja assaz para conferir o caráter de direito público à norma, ou à instituição. Tal caráter supõe subordinação, ato do Estado legislando *sobre* si *mesmo,* ou sobre a extensão das suas leis. Quando o Estado legisla sobre as pessoas *entre si,* é de direito privado a norma que edita. Por isso mesmo, se o Estado figura como pessoa, à semelhança das outras, e não como Estado, na relação jurídica, as relações entre ele e outras pessoas são de direito privado, e de direito privado as normas respectivas. Se o Estado requisita uma casa para alojar soldados ou funcionários, pratica ato de direito público; se a aluga, submete-se ao direito privado. Ali, ainda que tenha de indenizar, a situação não é igual àquela em que propõe, discute ou aceita a prestação de aluguel. Por vezes, a instituição ou o grupo de normas ou a norma passa de um ramo para outro; dá-se, então, a "publicização", ou, até, a "constitucionalização" do direito privado. Nos nossos dias, é o que se observa a respeito de certos ramos do direito civil que constituem o chamado "direito social", total ou parcialmente subsumível no direito público. A indissolubilidade do casamento, que era regra exclusivarnente de direito privado, se bem que cogente, passou, com a Constituição de 1934, *art.* 144, a ser de direito público constitucional; e a de 1946, art. 163, e, bem assim, a de 1967, art. 167, *§* 1ª, como a de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, art. 175, *§* 1ª, mantiveram-no. Regressão medieval de que a Constituição de 1988, art. 226, *§* 6ª, se afastou.

Direito público e direito privado, *ius coqens, ius dispositivum* e *bis interpretatiuum,* regras de ordem pública e regras que não são de ordem pública, constituem noções que atendem a diferenças exatas de intensidade do interesse público e assim servem à compreensão de cada uma das espécies de normas que definem e à determinação das

conseqUências peculiares a cada uma.

O preceito romano „lus publicum privatorum pactis mutari non potest" (L. 38, D., *de pactis,* 2, 14) de modo nenhum significa que todo direito cogente seja direito público, nem, tampouco, que todo direito público seja cogente (Oskar Búlow, Dispositives Zivilprozessrecht, *Arcl-iiv fúr die civilistische Praxis, 64,* 100 s.; ainda errado: L. Enneccerus, Einleitung, Alígemeiner Teil, *Lehrbuch,* 1, 10~ recomposição, 1) parte, *§* 45, nota 9; ver 12ª recomposição, 101). No Brasil, erra-se muito nesse ponto. *Jus publicum* não está ali por direito público, no sentido de hoje, Direito do Estado, *Staatsrecht;* mas em contraposição a *ius civile* no sentido estreito, ou direito dos juristas (cf. Th. Kipp, *Geschichte der Quellen*

105). Pompônio falava de "proprium lus civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit" (L. 2, *§*

12, D., *de origine iuris,* 1, 2). Fundamental é, a respeito, o livro de E. Ehrlich, *Beitrdge* (1. 47, 138 s. e 195). A norma jurídica, ou ordena: *a)* que se faça (norma impositiva) ou que se não faça (norma proibitiva ou vedativa), e nos dois casos se chama imperativa ou cogente; ou *b)* que se entenda de certa maneira, quando alguém nada tenha dito (norma dispositiva); ou *c)* que, tendo alguém dito alguma coisa, se entenda de certa maneira (norma interpretativa). O que fica ao *flas dispositiuum* e ao *ius interpretativum,* depois de se pôr de parte o *ius* cogens, é o que se denomina campo de

"autonomia". As partes podem dispor o que entendam; se dispuserem, obedecer-se-á ao que dispuseram, ou, no caso de dúvida, o que se deve concluir, interpretativamente; se não dispuseram, nada se entenderá no branco volitivo que deixaram ou se observará o que o *frms dispositivum,* se o houver, ordene. Há regras a que se chama de ordem pública e atuam *contra outras.* Trata-se, portanto, de noção ligada a leis diferentes no Tempo, ou no Espaço, ou no Espaço-Tempo. Só se deve recorrer a ela onde se está em domínio do sobredireito. Ao direito substancial, como tal, é estranha, sem bem que seja golpe dele, e o seu resultado o corte feito pelo direito substancial às leis competentes no Tempo e no Espaço.

O que caracteriza a noção de ordem pública é a sua essencial plasticidade. Quem diz ordem pública refere-se a algum Estado. A cada Estado, a sua noção de ordem pública; donde, corno esse conteúdo é mutável, ter de ser vaga, imprecisa, a noção geral. E alusão ao poder da *lex fori.* Funciona nas circunstâncias fortuitas de ir aos

tribunais de um Estado o negócio regido pela lei do outro. Aos nossos olhos, assaz se explica o procedimento de não-produção de efeitos: basta que não vejamos nele, negação do direito internacional privado. Tampouco, ameaça. E espécie de pudor das judicaturas.

Não basta que uma lei seja de interesse público para ser de ordem pública. A regra que fixa a idade nupcial é exemplo disso: de interesse social, porém não de ordem pública. Ao contrário, a escravidão, a bigamia, a representabilidade para testar, são contra a ordem pública de quase todos os Estados.

Quando o direito fixa normas tendentes a organizar a sociedade em Estado e determina os seus poderes e funções, chama-se direito constitucional. Quando regula o exercício dessas funçóes, chama-se direito administrativo. Um é constitutivo dos poderes, e o outro relativo aos poderes. Se o direito, estatuindo penalidades, procura evitar as ações perturbadoras da ordem social, e, com a aplicação das mesmas, reprime o mal praticado, temos o direito penal. Chama-se processual o direito que estabelece as formas para a aplicação das regras juridicas, seja para reprimir os delitos (processo criminal), seja para dirimir controvérsias sobre um dado direito (processo civil). Todas as partes do direito acima referidas concernem à universidade dos homens. Todas pertencem, portanto, ao direito público, que se pode definir como o direito em que o Estado é o fim, em oposição ao direito privado, em que o indivíduo é o fim e o Estado apenas o meio. Essa distinção, feita por E von Savigny, não dá noção exata do que seja direito privado, mas, ainda assim, é preferível à de Ulpiano, que só pretendia ver a diferença nos interesses regulados pelo direito.

O direito privado subdivide-se em *civil* e *comercial.* Diz-se comercial quando os atos jurídicos da vida do indivíduo e regulados por ele são feitos com o intuito de especulação, de troca, isto é, com intuito exclusivo ou predominante de tirar lucro do transporte ou permuta dos objetos. Para melhor frisar essa separação sem fundamento científico, os Códigos Civis articulam os chamados atos de mercancia. Também o direito civil pode ser dividido. Já os Romanos distinguiam no direito as pessoas, as coisas e as ações, e daí as partes das Institutas: *personae, res* e *actiones.* Essa distribuição concernia, como se vê, não ao direito civil no sentido atual, mas no sentido que lhe davam os Romanos. As divisões modernas ainda têm caráter mais utilitário do que científico. Devido à sua importância, o direito de família aparece como se formasse ramo distinto. Reuniu-se num só bloco, instintivamente, tudo o que se referia à família, e deuse a essa

universalidade de direitos o nome de Direito de Família. Já dissemos que se trata de direito no sentido objetivo.

Os Alemães adotam, ordinariamente, a seguinte classificação: obrigações, coisas, família e sucessão. Essa classificação também é incorreta, mas é fora de dúvida que

se presta a exposição clara das matérias: o que representa, como bem dissera Lafaiete Rodrigues Pereira, o primeiro merecimento das classificações. O Código Civil brasileiro adotou essa distribuição, passando para o primeiro lugar, acertadamente, o direito de família e para o segundo o direito das coisas. Mas esqueceu-lhe o direito de personalidade.

4. *Direito de família.* O direito de família tem por objeto a exposição dos princípios jurídicos que regem as relações de família, quer quanto à influência dessas relações sobre as pessoas, quer sobre os bens. O casamento, base da sociedade, e, com a entidade familiar, fonte legítima da organização familial; os atos relativos àlegitimação e reconhecimento de filhos nascidos fora dele, o pátrio poder, o estado civil das pessoas; a tutela, criação cujo fim fora suprir a autoridade do chefe de família e hoje é o de representação ou assistência aos menores, e a curatela, instituição destinada a proteger os que estão inibidos de governar suas pessoas e bens, tais são os assuntos gerais que formam o quadro do direito de família (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 1). Sob esse título, os Códigos Civis modernos juntam normas de direito que não pertencem, rigorosamente, ao direito civil: ora concernem ao direito público, ora ao comercial, ora ao penal e ao processual. Esses acréscimos não alteram, todavia, o seu caráter preponderante de direito civil.

5. *Divisão* do direito *de* família. Duas partes possui o direito de família: *a)* a que estuda a *sociedade conjugal* em seus caracteres (capacidade, celebração, chefia etc.) e em suas conseqUências morais, pessoais e patrimoniais: sucessão do cônjuge premorto etc.; *b)* a que estuda a *sociedade parental:* normas tendentes à fixação dos parentescos, a que se juntam, por extensão, tutela e curatela, ausência (com a conseqUente sucessão) etc. Algumas das matérias acima referidas são tratadas particularmente pelo direito das sucessões, e outras, como o pátrio poder, pertencem, aparentemente, a ambas as seções do direito de família, embora se verifique, após segura análise, que o pátrio

poder não é efeito imediato do casamento e corno tal pertencente à primeira seção, e sim à segunda, pois que ficam sujeitos as pátrio poder, não só os filhos *ex nuptiis,* mas os havidos fora do casamento reconhecidos e os adotados. A origem também é parental, independente, em muitos casos, do ;asamento, que, submetendo ao pátrio poder os filhos havidos na sua constância e os legitimados, não no faz como conseqUência imediata de sua celebração, mas indiretamente, como consequência imediata da *praesumnptio iuris* da paternidade de tais filhos. Tal distinção não tem, contudo, grande interesse prático, nem filosófico. Por isso preferimos estudar, de per si, os institutos, atendendo a tais traços característicos somente quando puderem concorrer, de algum modo, para melhor exposição sistemática. Adiante, mostraremos qual a melhor divisão (nº 15).

6. Regras *jurídicas coqentes; prazos preclusivos* e *prazos prescricionais.* A grande maioria das regras de direito de família écomposta de *regras jurídicas cogentes.* Só excepcionalmente, em matéria de regime de bens, o Código Civil deixa margem à autonorMa *da vontade.* Também são inerdáveis os direitos de família, salvo quando a lei mesma abre a porta à transmissão hereditária. Se bem que haja prazos preclusivos e prescricionais no Livro 1 da Parte Especial, na Parte Geral estão muitos preceitos relativos a situações de direito de família. A lei prevê, quase sempre, as conseqUências de toda infração dos deveres de direito de família, sejam conjugais, sejam parentais. Daí a opinião, que se alastrou, no sentido de não haver ação de perdas e danos, ou de indenização, quando alguém faltasse aos seus deveres de direito de família, conjugais ou parentais. Tal opinião foi posta de lado, porque, além da infração e conseqUente sanção de direito de família, é possível haver causa suficiente para a indenização ou reparaçao, com fundamento noutra regra de direito civil (direito das coisas, direito das sucessões, direito das obrigações). Desde que houve o dano, e é de invocar-se alguma norma relativa à indenização por ato ilícito, no sentido lato do direito das obrigações, ou da Parte Geral, cabe ao cônjuge ou ao parente a ação correspondente (Zeiler, Vermõgensrechtliche Ansprfiche aus dem Ehebruch, *Das Recht,* 12, 414-416; Th. Engelmann, Eamilienrecht, *J. Staudingers* Kommentar, IV, 7ª-8ª ed., 1, 139).

.

7. Direitos personalíssimos e *irrenunciabilidade.* Os direitos de família são personalíssimos: direitos e deveres que nascem das relações de

direito de família são intransferíveis e intransmissíveis *mortis causa.* Só a lei cria exceções.

Aderem a alguma pessoa. Tal caráter de extrema personalidade reflete-se no processo. Nenhum ato processual que signifique perda ou renúncia é de admitir-se. Qualquer regra que importe em pena de não mais alegar tem de ser interpretada como não-referente aos direitos de família ou aos deveres de direito de família. Os direitos de família e os deveres de direito de família são inalteráveis por vontade das partes, salvo quando a lei admite, excepcionalmente, acordo sobre eles, o que, de regra, fica subordinado a homologação judicial. São também, em princípio, irrenunciáveis (A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 145).

8. *Direito romano* e *direito germânico, na formação do direito* de *família.* Quanto à estrutura dos direitos de família, no velho direito romano e no direito germânico, recorreu-se à analogia com a estrutura dos direitos das coisas. Ainda hoje alguns escritores, a despeito da transformação por que têm passado os institutos do poder marital, do pátrio poder e da *potes tas* do tutor, aludem àassimilação. Mulher, filhos e tutelados não teriam prestações a satisfazer, — submeter-se-iam ao poder de outrem. Aliás, como sucede aos alunos em relação ao mestre. Há os que abrem exceção para a mulher, recorrendo à noção de *obrigações.* Todas essas subordinações do direito de família ao direito das obrigações e ao direito das coisas devem ser postas de parte: as relações de direito de família pertencem ao direito de família e são, por isso mesmo, específicas; *a fortiori,* as situações de direito de família de que se irradiam direitos e deveres, situações que não permitem analogias com as que se apontam no direito das coisas, sob pena de eliminarmos uma das classes do direito civil, os direitos de família, e a própria Parte Geral, em proveito da dicotomia — "direitos sobre coisas", "direitos de obrigação" — que não corresponde, em tal formulação exaustiva, à realidade.

9. *Classificação dos direitos de família, direitos absolutos.* O que se pode dizer, em boa taxinomia, é que os direitos de família entram, de regra, na classe dos direitos absolutos, a que também pertencem os direitos reais. Mas falta-lhes exatamente a *realidade:* são absolutos, sem serem direitos reais, nem assimiláveis a eles. Em relação a todos, mas sem recaírem em coisas. Nem se há de acrescentar que recaem em pessoas, porque nunca é *total* o poder de direito de família (CarI Crome,

.*System,* 1, 166-168), no que também se distingue dos direitos reais, sobretudo do domínio. Aliás, nem todos os direitos de família são absolutos. Há os relativos. Ainda mais: todos os direitos de família absolutos têm um lado relativo, o que ainda os afasta dos direitos reais. Além dos direitos reais e dos direitos de família, em que estão em causa coisas ou elementos do direito (total) sobre as coisas, e pessoas (nunca totalmente), há os direitos de personalidade, que pertencem ao direito público ou à Parte Geral e são absolutos. Nem todos os direitos de família são pessoais (obrigacionais). Se considerarmos o direito de família em seu conjunto, fácil será apontarmos direitos de ordem patrimonial em que o elemento real entra por muito. O casamento estabelece todo orgânico, que não poderia satisfazer-se com a urdidura de direitos pessoais, posto que absolutos. Nas relações entre pais e filhos intervêm situações nitidamente reais-pessoais. Os regimes matrimoniais são craveiras de direito real criadas pela lei, ou por vontade dos cônjuges segundo a lei.

Os julgados em matéria de direito de família têm eficácia contra todos e em relação a todos (A. Egger, Das Familienrecht, *Kommentar,* II, 4); porém a solução, que neles se contenha, estranha às situações de direito de família, submete-se aos princípios concernentes à coisa julgada, em matéria de direito das coisas e das obrigações.

10. *Princípios de liberdade; sanções jurídicas.* O direito de família inspira-se em princípios de liberdade (relativa) de casar-se; liberdade (relativa) de separar-se judicialmente; liberdade, só excepcionalmente retirada, de *escolha* de regime matrimonial de bens e de pacto antenupcial; liberdade (relativa) de adotar etc.; e de proteção: proteção do casamento em si; proteção dos cônjuges, especialmente da mulher; proteção dos filhos; proteção dos doentes da mente, dos pródigos e dos ausentes; proteção dos menores sob tutela. O princípio de igualdade obtém conquistas memoráveis a que as Constituições de 1934, 1946, 1967 e, sobretudo, 1988 emprestaram maior força.

Muitas *relações de família* não obtiveram sanção jurídica. Continuam simplesmente de ordem religiosa ou mora!. Não penetraram no Direito: não são *relações do direito de família.* Quando aparecem, provadas, em autos de questões, de direito de família, das sucessões ou das obrigações, têm de ser tratadas como relações de fato, e não como relações de direito. O valor delas é o valor que podem ter os

fatos. Por outro lado, afguns deveres que lograram entrar no domínio do direito mantêm limites que lhes dá a sua natureza ética. Assim, o dever de coabitação (Otto Warneyer, *Kommentar,* II, 499), de *copula carnalis,* contra cuja infração somente cabe a sanção da injúria grave, ainda se ficar assente a figura,

— o que nem sempre se dá.

11. *Vida em comum.* A vida em comum, quer em virtude do casamento, quer em virtude de entidade familiar, *e.g.* a união estável entre o homem e a mulher, ou a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, quer, ainda, em conseqüência de viverem juntos, em comunhão de fato, parentes, ou parentes e pessoas estranhas, ou só pessoas estranhas, é suscetível de estabelecer *relações de ordem jurídica.* Ainda quando entre casados, ou entre pais e filhos, tais comunhões não são coextensivas a relações de direito de família. No Brasil, apresentam-se como de grande importância quando entre cônjuges, casados pelo regime da separação de bens, o que é relevantíssimo em direito internacional privado. A relação ou as relações jurídicas que daí nascem não são, de modo algum, *relações de direito de família.* Não é por força de um regime matrimonial de bens que se estabelecem. O casamento, se o há, atua como *fato.*

Aliás, como atuaria o concubinato ou a simples circunstância da vida em comum (Martin Wolff, *Lehrbuch,* li, *2,* 5).

Quem não é cônjuge não se torna cônjuge pelo fato de ser tratado como tal (cp. Constituição de 1988, art. 226, *§* 3ª, *in fine).* Ser criado como filho não é ser filho. Ter bens em comum com o cônjuge não éestar sob o regime matrimonial da comunhão. Pode-se ser membro da família sem se viver na mesma casa e, até, sem se conhecerem os próprios irmãos.

As tentativas de dilatação do círculo família fracassam sempre. Cada vez o círculo família diminui, nas relações da vida.

12. *Ações de direito de família.* As ações de direito de familia ora são ações entre côrijuges, ora ações entre filhos e pais, ora entre parentes, ora ações entre o Ministério Público e os pais, filhos, cónjuges ou parentes de alguma pessoa, ora entre alguma pessoa e o seu tutor ou curador, ou entre o Ministério Público e eles, ora ações em que o legitimado passivamente é o Estado, como acontece com as ações

declaratórias da existência ou inexistencia de um casamento, as ações de filiação etc. Nem sempre, em tais ações declarativas, ou não, a *pretensão* (Erler, Familienrecht, *Das Bzih-gerliche Gesetzbuch,* iv, ~ é dirigida contra determinada pessoa *(e.g.,* ambos os cônjuges querem provar a coação, de que foram vitimas ou a inexistência do casamento): o Estado aparece como o interessado principal, não por sua função de fazer justiça, de prometer e cumprir a promessa de prestação jurisdicional, mas pelo que há de *institucional* no casamento, pelo interesse público que resulta de regras rigorosamente cogentes como as que cercam a existência e a validade do casamento. As vezes o direito édesacompanhado de ação e só se revela, indiretamente, em suas conseqUências, como o direito de relações sexuais, que é desmunído de ação executiva. O dever é moral e o caráter jurídico, que se lhe dá, é *insuficiente* para o munir de ações executivas.

13. *Religião, moral e costumes de família.* A Religião, a Moral e os costumes de família, processos sociais estáveis e estabilizadores, predeterminam, em grande parte, a legislação estatal sobre a família. Por outro lado, a natureza mesma, as relações biológicas, fixam-lhe o quadro e exigem-lhe cedas normas e cautelas. Em verdade, o legislador enche os espaços que são deixados pela vida humana em si e pelas relações de ordem religiosa, moral e de costumes, ou recobre os que correspondem a essas relações.

14. *Finalidade da legislação de direito de família (direito estatal confessional).* A finalidade da legislação estatal, em matéria de direito de família, como a finalidade das legislações confessionais sobre família, é regular e proteger a vida do par andrógino, assegurar a procriação dentro da legalidade, fixar, o que é parentesco *jurídico,* necessariamente menor que o parentesco *biológico,* mas, em alguns pontos, excedente (afinidade, adoção), e proteger os menores e os incapazes.

O que caracteriza, como plus, a legislação moderna é o *individualismo* do direito de família (M. Omúr, Familienrecht, *Komrnentar,* II, Pane 1, 4), que sempre foi o menos individualista dos ramos do direito privado e o mais resistente a mudanças.

15. *Elemento religioso, ético e costumeiro no direito de familia.* Do fato de ser o direito de família direito de fontes religiosas, morais e de

costumes, resulta que a interpretação das suas regras não se deve informar do mesmo modo que as outras regras de direito civil. Assim: *a)* A lei de direito de família só se interessa por parte mínima da vida familiar, razão para se entender que as suas normas param onde há normatividade religiosa ou moral, ou dos costumes, se dos seus termos não se tira reforço ou expressa derrogação, ainda que implícita. *b)* As regras de direito das coisas e de direito das obrigações não são subsidiárias das regras de direito de família. O direito de família anterior à lei nova e o direito religioso passam à frente, como dados para a interpretação. c) Não se protege o abuso dos direitos de família, nem se consideram contratuais os efeitos pessoais e a maior parte dos efeitos reais do casamento e dos outros institutos de direito civil. *d)* Só excepcionalmente, conforme já dissemos, se recorre às regras da Parte Geral do direito civil.

Depois de se haver tratado do Direito de Personalidade (Livro 1), é ao Direito de Família que toca o lugar do Livro li da Parte Especial do Direito Privado. Percebe-se bem o encaminhamento normal da sistemática do Direito Privado, após a exposição da Parte Geral.

Dividimos o Direito de Família em três títulos:

Título 1. *Direito matrimonial.* Parte 1. Existência e validade do casamento (definição de casamento; impedimentos matrimoniais, dirimência relativa por vicio de vontade; impedimentos proibitivos; atos preparatórios do casamento, representação no casamento, celebração do casamento civil, casamento perante autoridade religiosa; publicidade do casamento, prova do casamento; pressupostos de existência do casamento e não-validade do casamento). Parte II.

Dissolução da sociedade conjugal (morte de um dos cônjuges, nulidade do casamento e anulação do casamento; casamento putativo; separação judicial e divórcio). Parte III. Eficácia jurídica do casamento (generalidades, direitos e deveres do marido, direitos e deveres da mulher; regime dos bens entre os cônjuges, regime da comunhão universal, regime da comunhão parcial, regime da separação de bens, regime dotal).

Título II. *Direito parental* (Relações de parentesco, relações entre pai e filhos concebidos na constância do casamento, relações entre pai e filhos legitimados, relações entre pai e filhos concebidos fora do casamento).

Título III. *Direito protetivo* (Pátrio poder, adoção, alimentos, tutela, curatela, ausência).

Parte 1

Existência e validade do casamento

Capítulo 1

Casamento

§ 764. Casamento ou núpcias

1.

O que é *casamento.* O casamento, regulamentação social do instinto de reprodução, varia, como todas as instituições sociais como os povos e com os tempos. Mas é preciso distinguirem-se a *união legal* (casamento, no sentido jurídico) e a *forma atual,* sociológica, da regulamentação do instinto de perpetuação da espécie, da *ferrea necessitas.*

Socialmente, a união *tolerada* não é apenas a união *legalizada.* As estatísticas são eloqoentes quanto a esse ponto. O

casamento não partiu de forma única; nem tende, tampouco, a isso. A família pode originar-se de quaisquer uniões sexuais, mas nem sempre as pessoas oriundas de relações não-legais constituirão *família,* na acepção jurídica, isto é, grupo de parentes entre os quais existam relações de direito. Juridicamente, isto é, sob o ponto de vista legal, técnico, o casamento é a proteção, pelo direito, das uniões efetuadas conforme cedas normas e formalidades fixadas nos Códigos Civis. Nesse sentido —como a fonte mais importante da família *legal* (Giuseppe D"Aguanno, *La Genesi e l'Euoluzione deI Diritto civile,* 248) —é que o matrimônio deve ser tratado pelos juristas técnicos; e cabe aos sociólogos o estudo das uniões atuais e suas várias formas, como ao jurista-filósofo a comparação do fato *natural* ou *social* com o fato *jurídico do casamento.* Dizer quais as formalidades necessárias, o que se exige aos nubentes, os efeitos civis do matrimônio quanto aos filhos, aos cônjuges e a terceiros, — eis a missão do jurista. Mostrar que os regimes de comunhão e de separação são sobrevivências e provas da existência em todos os tempos de várias formas de matrimônio (G. Tarde, *Les Transformations du Droit,* 55), eis o que compete aos sociólogos e, particularmente, aos estudiosos da Filosofia do Direito e da Técnica legislativa.

2. *Pompa nupcial.* A pompa nupcial do nosso circulo de civilização é de origem romana. A ela está ligado o fazer-se a podas abertas o casamento. Influiu no direito bárbaro e na tradição eclesiástica. Sem

razão, portanto, os que a criam provinda dos usos germânicos (O. Opet, Die Anordnung der Eheschliessungspublicität in Capitulare Vernense, *Festschrift fdr* Otto Gerke, 245-254; certo, R.Génestal, nota a A. Esmein, *Le Mariage en Droit canonique,* 1, 117). A teoria canônica do casamento é assaz naturalística. A *copula carnalis* exerceu e ainda exerce papel relevante, conforme se vê das suas afirmações sobre formação e dissolução do casamento, sobre a nulidade por impotência, sobre a afinidade e sobre os direitos e deveres dos cônjuges. A realidade está sempre presente. Aliás, a concepção do casamento como sacramento facilitou certa naturalidade, com que se afastou o direito puramente técnico. O Concílio de Trento não conseguiu tornar nulos os casamentos contraídos sem o consentimento paterno. A vacilação e a explicação tortuosa com que se consideram nulos os casamentos clandestinos mostraram que a Igreja manteve os seus princípios, tanto quanto pôde.

3. *Razões de método.* O casamento de que tratamos é o casamento que o Código Civil e as leis posteriores regulam.

Deixamos de nos referir aos *esponsais,* porque, como instituição de direito de família, foram excluídos do nosso direito.

Isso não quer dizer que não exista lugar, no direito das obrigações, para os contratos esponsalícios. Se o método de interpretação do direito de família não nos permite construir, em tal ramo jurídico, instituição a que se não fez qualquer referência, não ocorre o mesmo quanto ao direito das obrigações, onde o princípio da autonomia da vontade e da livre arquitetação contratual domina visivelmente. A doutrina sempre pôs em relevo o contrato de direito das obrigações e o contrato de direito de família que se contêm nos esponsais. Alguns povos os qualificam pelas duas faces. Outros, somente por uma. Desde que não ofenda os bons costumes, é possível, no direito brasileiro das obrigações, o contrato esponsalício, bem como, em certas circunstâncias, a indenização por ato ilícito, com base em promessa de casamento.

4. *Fontes romanas e germânicas do direito canônico.* O velho direito da Igreja católica tem fontes romanas e alemãs.

Em oposição aos *sponsalia de praesen ti,* que são casamento, adotou-se

o conceito de *sponsa lia de futuro* como promessa bilateral de matrimônio. Aliás, o nome romano mostra que, nos primórdios, o direito romano adotava a forma da estipulação. Também romano fora o *impedimentum publicae honestatis,* que obstava ao casamento entre o noivo e certos parentes da noiva, ou entre a noiva e certos parentes do noivo. No mais velho direito romano havia a ação para a conclusão do casamento, sem a cópula obrigatória (Otto Karlowa, *Rõmische Rechtsgeschichte,* II, 176 s.); o direito canônico colheu do pensamento germânico certa ação para a conclusão do casamento, a *actio matrimonialis,* que depois se viu no direito comum. Pelo simples fato da *copula carnalis,* os esponsais transformavam-se em casamento, sem que fosse de mister qualquer consentimento específico e ainda contra qualquer vontade negativa. Tratava-se de sobrevivência da teoria de Graciano: *Coniugium desponsatione initiatur, comniixtione perficitur.* O ato era em dois tempos, sem que se pudesse inverter a ordem: *copula cornalis* e *sponsalio de futuro* não faziam casamento. O próprio coito obtido à força pelo noivo transformava os esponsais em casamento. Em todo o caso, os canonistas procuravam outra explicação que fugia aos dados históricos. Já se havia considerado elemento essencial o *consensurn de praesen ti,* de modo que só se solvia a dificuldade recorrendo-se à idéia de "casamentos presumidos", presunção absoluta, com que se pretendia tirar à cópula, ainda que forçada, todo o caráter de fornicação.

No direito moderno da Igreja católica *(Codex luris Canonici* de 1917, cânon 1.017, *§* 3), a quebra dos esponsais permite a ação de perdas e danos, porém não a ação para a celebração do casamento. Tem-se assim a *reparatio damnorurn (siqua debeatur).* Também foi afastado o *impedimentum publicae honestatis.*

5. *Esponsais.* Nos dias que correm, alguns Estados só permitem a ação *ex delicto,* como a França; outros consentem na multa convencional e na ação para a celebração, excluída a cópula obrigatória; outros têm a condenação, com a ação subsidiária de indenização, a exemplo do Código prussiano (II, 1, *§§* 112 s.); outros, em maior número, só reconhecem a ação de indenização, como acontece no direito inglês, no direito norte-americano, no sueco, no dinamarquês, no italiano, no espanhol e, agora, no direito canônico. O Código Civil alemão admitiu a ação oriunda do contrato e a ação *ex delicto.*

A solução no direito russo é a de não caberem ações de direito civil. No Brasil, no terreno exclusivo do direito das obrigações, são

admissíveis as ações contratuais e as *ex delicto.*

No direito anterior ao Código Civil, já tão pouco usado era o contrato esponsalício que, na *Consolidação das Leis Civis,* em nota 1 ao art. 76, Teixeira de Freitas o considerava obsoleto. O Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, nada dispôs a respeito, se bem que não no houvesse extinguido. O Código Civil aboliuo do direito de família, onde não há institutos ou categorias jurídicas que não estejam no direito escrito. Isso não quer dizer que houvesse proibido, *no direito das obrigações,* o contrato esponsalício. Em todo o caso, havemos de entender que as penas convencionais ofendem aos bons costumes, quando concebidas para reforçar as promessas de matrimônio, e que não é lícito obrigar-se à celebração do casamento, ainda que sem a compulsoriedade da *copula carnalis.*

§ 765. Definição de casamento

1. *Definições romanas.* Os Romanos deixaram-nos duas definições. A de Modestino vem da época clássica e possui um tanto de grandioso e muito de sacramental: matrimônio é a união do homem e da mulher, implicando igualdade de vida e comunhão de direitos divinos e humanos: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortiuni omnis uitae, divini et humani ivris communicatio.* Sob o Império, os costumes envileceram-se e apagaram um tanto a significação ritual do matrimônio: o culto privado perdeu a anterior importância, e a rnanus caiu aos poucos em desuso. Daí não se aludir mais a *communicatio divini et hurnani iuris,* o que se nota na definição das Institutas *(§* 1,1, *de patria potestate* 1, 9): *Nuptiae autem siu'e matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens* (Cp. "Individua...

consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso"). Essas definições não satisfazem mais. Falta-lhes a *noção de contrato,* essencial ao conceito moderno, à forma igualitária do casamento atual. Tampouco nos bastariam as definições canônicas, das quais a mais característica é a do catecismo de Concílio Tridentino: união conjugal do homem e da mulher, que se contrata entre pessoas capazes segundo as leis, e que as obriga a viver inseparavelmente, isto é, em perfeita união uma com a outra. *Matrirnonium est viri, mulierisque maritalis coniunctio inter legitimas*

personas individuam uitae consuetudinern retinens (Abbé André, *Droit canonique,* II, 500).

2. *Definições de juristas brasileiros.* Nos livros brasileiros sobre direito de família anteriores ao Código Civil, encontram-se duas definições que merecem referência especial. O casamento, disse Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direito de Família,* 12), é o ato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida. Já diferente, mais classificatório, o que diz Clovis Bevilacqua: é contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer (Clovis Bevilacqua, *Direito da Família,* 20). Na primeira definição sente-se a repugnancia de se considerar contrato o casamento, porque a religião o elevava à categoria de sacramento, e daí dizer Lafaiete Rodrigues Pereira, à semelhança de E von Savigny, que o matrimônio é um ato. E querer ser mais pela Igreja do que ela mesma. Já a definição do Concílio Tridentino mostrava a natureza contratual do casamento, e todos sabemos que os canonistas reconheciam três aspectos do matrimônio: sob o primeiro aspecto, dever da natureza, *olficium naturae,* que tem por fim a procriação; sob o segundo, os efeitos exteriores na sociedade civil; e sob o terceiro, finalmente, sacramento (Durand de Mailíane, *Droit canonique,* II, 216). Era essa, aliás, a opinião de Tomás de Aquino, que distinguia entre os elementos *natural, civil* e *religioso* do casamento: "Matrimonium in quantum est officium naturae, statuitur iure divino; in quantum est officium communitatis, statuitur iure civiui." A definição de Clovis Bevilacqua, se bem que mais jurídica e mais acorde com os nossos tempos, não é completa. Como no direito canônico, no Brasil o casamento fora, antes da Emenda Constitucional n0 9, de 28 de junho de 1977, indissolúvel, mas era o casamento que era indissolúvel; não eram nem são indissolúveis os seus efeitos. A indissolubilidade dele nada tinha com os deveres e direitos que dele decorriam. Só o vinculo é que se não dissolvia. Por outro lado, tendo falado de alguns efeitos do contrato matrimonial, a definição deixou de atender a outros; *e.g.,* ao regime de bens.

3. *Á procura de definição.* Antes de formularmos definição, saibamos o que é que temos de definir A distinção feita por Tomás de Aquino

entre os elementos natural, religioso e civil do casamento é de verdade profunda: *olficium naturae, sacramentum* e *olficium communitatis.* Pertence ao número desses conceitos nítidos que as épocas reenformam à sua feição: a essência, porém, persiste a mesma. Os próprios antropologistas e sociólogos, quando pretendem destruir a noção tríplice, traem-se, mostrando como é rigorosa a distinção. Há o fato biológico, o fato psicológico-social (religioso) e o fato jurídico. Por certo, onde se tira qualquer elemento de ordem religiosa ao casamento (no Brasil, quanto ao conteúdo, o casamento é totalmente aconfessional, porém a indissolubilidade do vinculo constituiu reminiscência religiosa), perde o caráter sacramental, sem que perca (o que é mais difícil) o caráter ético. Fato natural, não se discute a sua natureza de contatuação sexual, a sua função de lei universal, cuja finalidade éa perpetuação da espécie: *duo in carne una.* Fato religioso, social, solene, conserva a unção da sua gravidade, embora se tornasse secular. Fato jurídico, sujeita-se às regras gerais de direito e toma a feição de acordo legal entre partes. Esses três caracteres constituem a sua expressão através dos tempos. Biologicamente, união do homem com a mulher, *viri et mulieris coniunctio,* imposta por necessidade natural, *ferrea necessitas.* Legalmente, convenção individual, devido ao seu caráter de consenso espontâneo e pressupostos exigidos para que as pessoas o possam contrair (Enrico Cimbali, *La Nuova fase dei Diritto civile,* 81:

"l"ídea di convenzione non contradice la di *necessitâ").* Sociologicamente, que tanto édizer como fato social com caracteres jurídicos, o casamento é a união de sexo protegida pela lei, capaz de efeitos especiais e de prerrogativas, linha divisória entre legítimo e ilegítimo, entre o que é feito dentro da lei e o que se fez *fora* das raias da legalidade. Continua de ser o casamento, portanto, sob outras feições e formas novas, o correspondente do sacramento, não instituido por direito divino, *iure divino,* mas instituído pelo direito civil: *statuitur ivre civili.* Alguns juristas acentuaram a diferença que há em ser o matrimônio definido *pro contractu acceptum* e em ser *pro vinculo acceptum* definido, sendo que, aqui, a conjunção se entende *pro vinculo et nexu, nam inteliegitur iam facta et habitualiter permanens.* E de algum modo tocavam, se bem que insuficientemente, o problema da institucionalidade. Um deles foi mais preciso (Johannes Hartmann, *De Contractu matrimoniali,* 16): "Nec vero praefacta conjunctio pro actu accipienda est, quo matrimonium initur, sed pro statu, qui permanet." Outros (M. Lingg, *Die Ciuilehe vom Standpunkte des* Rechts, 31) chamaram a atenção para acepção especial de "contrato" no texto tridentino.

4. Elemento contratual do casamento. A doutrina tradicional da Igreja católica considerou o casamento como contrato que se eleva à dignidade de sacramento; portanto, é doutrina do contrato-sacramento. A essa explicação, que reconhece o lado *contratual,* opõe-se a doutrina do casamento instituição-sacramento. Aliás, se queremos empregar a palavra

"contrato" no sentido estrito do direito das obrigações, a doutrina da instituição ganha terreno. Se queremos, em vez disso, que os contratos de direito de família sejam distintos dos contratos de direito das obrigações, pode ser conservada a doutrina tradicional, tanto mais quanto a doutrina da instituição não assentaria, por si só, a indissolubilidade do vínculo: coexistiria com as legislações civis e confessionais que concebessem o casamento como dissolúvel pelo divórcio, como se passa no Brasil, sob a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 2ª, parágrafo único, *in fine.* Só há uma explicação, que satisfaça, da indissolubilidade: a de que a lei, por influência da religião, conserva o caráter de sacramento. Assim — ao lado ou por sobre o contrato, que não implica a dissolubilidade, nem, tampouco, a indissolubilidade — está o sacramento, que estabelece ser indissolúvel o vínculo. A própria Igreja, a despeito das polêmicas e das atitudes anticontratualístas, na itália (Marescaíchi, Turchetti, Marchesini, Cembaldi, Foschini, Monaldi, Cicu) e na França reafirma a contratualidade no cânon 1.012 do *Codex Luis Canonici.* Contrato, entendamos, em boa taxinomia contemporânea, de direito de família. .*Sui generis,* sempre advertiram os canonistas. Nenhum princípio *a prio ri,* ou de direito natural, há, que bastasse à explicação da indissolubilidade. Só mesmo razão especialíssima, de ordem religiosa, poderia estatuí-la. A Igreja católica vê no casamento representação da União de Cristo com a Humanidade e, como éindissolúvel essa união, havia de ser indissolúvel a *imagem* dela. Se há sombras contínuas de coisas discontínuas, não há sombras discontínuas de coisas contínuas. Certo, por vezes se preferiu, na Igreja católica, recorrer, para se justificar a indissolubilidade, àpalavra de Cristo, e foi Santo Ambrósio um dos precursores da doutrina do sacramento.

Ainda mais: só Santo Agostinho claramente ligou a indissolubilidade ao sacramento *inclusive no plano jurídico:* "... Hoc enim custoditur in Christo et Ecclesia, ut vivens cum vivente in aeternum nuílo divortio separetur...". E as outras explicações passaram a ser secundárias, como se vê das partes doutrinal e jurídica dos cânones do Concílio Tridentino.

5. *Casamento civil,* Talvez tenha sido a Holanda o primeiro país que teve o casamento civil sob forma legal (Emil Friedberg, *Die Geschichte der Civilehe,* 2ª ed., 10), e isso no século XVI. Nos séculos posteriores acentuou-se a tendência a legislar-se sobre isso e, a certo momento, considerou-se o casamento civil como ponto de *oposição* à Igreja.

Erro evidente, porque o casamento civil não se opóe à Igreja, não é anticristão (Paul von Hoensbroech, *Die Civilehe,* 15), menos ainda a exigência da *plublicidade* como hoje está estabelecida, desde a Constituição do Brasil de 1934, art.

146, e a Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937 (cf. Constituição de 1988, art. 226, *§§ 10-* e a legislação ordinária da qual falaremos). O Estado tem de velar por tudo que se passa dentro da sua jurisdição. Se é completa a sua indiferença pelos atos religiosos do casamento, pode justificar-se não exigir aos ministros das confissões religiosas certas cautelas, inclusive a precedência do casamento civil, ou a obrigatoriedade do registro do casamento religioso, estabelecendo multas ou penas corporais para os ministros infringentes de tais cautelas. No regime da Constituição de 1934, art. 146, o casamento religioso, desde que se tratasse de confissão cujo rito não contrariasse a ordem pública ou os bons costumes, era fato relevante para a vida do Estado, razão por que na 3ª parte do art. 146 se díspusera que o registro seria "gratuito e obrigatório". Obrigatório é o registro no sentido de que o ministro da confissão religiosa, que celebra casamento, deve obedecer às regras legais que lhe mandam comunicar, ou enviar termos, ou providenciar, por qualquer modo que seja, segundo a lei, para a inscrição do casamento. Tal legislação, com o caráter ordinário, persistiu sob a Carta de 1937 e depois. Adiante, *§§* 785-792.

6. *Conseqtiências do casamento civil.* Rudolf Sohm estudou as conseqUências do casamento civil obrigatório nos povos de religião católica e nos povos de Igreja evangélica. A Igreja Católica sustenta a sua jurisdição, em frente à jurisdição do Estado, de modo que não há perigo, para ela, em que se exija o casamento civil. A Igreja evangélica não estabelece tal paralelismo, donde resulta que a obrigatoriedade do casamento civil tem para ela conseqUências graves, principalmente onde o rei é também o *summus episcoflus* (Rudolf Sohm, *Die obligatorische Civilehe und ihre Aufhebung,* 5, 7, 9 e 12). Em verdade, nos países protestantes, a introdução do casamento civil obrigatório foi vitória da social-democracia, no sentido de tornar assunto de mero interesse *privado dos* individuos a concepção religiosa do casamento.

Assim, conseguia tipo único de celebração para toda a população, qualquer que fosse a religião adotada pelos nubentes, ou ainda que ateus fossem. Como o protestantismo reconhece o papel do Estado na celebração do casamento, ficou desarmado: sem grave contradição, não poderia lutar contra a política indiferentista da social-democracia. Nos países católicos, a celebração do casamento religioso constitui protesto, ou, pelo menos, manifestação de respeito pela celebração religiosa. (E interessante observar-se que o jurista alemão previu o movimento vitorioso nos países católicos, a favor do casamento confessional, devido a se ter associado parte do povo à política paritária da Igreja católica, caracterizando-se a luta entre os dois sistemas.)

7. O *casamento civil no Brasil.* No Brasil, o casamento civil foi introduzido como medida política associada às tendências republicanas. Na população, continuou a ser usado o casamento religioso, estabelecendo-se, com rarissimas exceções, a dualidade de atos. Todos os nubentes casavam duas vezes, uma no civil e outra no religioso. A Constituição de 1934 veio permitir o casamento religioso com efeitos civis. A de 1937 deixou toda a matéria àlegislação ordinária.

Era indiferente ao modo da celebração. Podia ser adotado, tão-só, o casamento civil, haver as duas formas, ou só o casamento religioso. A Constituição de 1946 e, bem assim, as de 1967, inclusive com a Emenda n0 1, de 1969, e de 1988

volveram a 1934. Tal faculdade de variar de sistema põe diante de nós o problema de técnica legislativa. Não nos parece que o Estado deva impor o casamento civil, nem qualquer forma de casamento religioso. Tampouco, visão sociológica das premissas permite que consideremos as religiões como simples negócios privados, pois que, antes de serem fatos interiores dos individuos, são processos sociais, cá fora. A melhor solução é reconhecer o Estado a celebração segundo a religião dos nubentes, ou segundo as regras de direito interconfessional, quando forem de religiões diferentes, e permitir aos que não têm religião, ou que preferem casar-se sem os efeitos religiosos, o casamento civil. Assim perfeitamente se conciliam os interesses das religiões, os dos individuos e os do Estado, ressaltando o valor teórico e prático da solução legislativa.

Restaria o problema da indissolubilidade do vínculo. Tende a

desaparecer a concepção católica, já restrita a pouquissimos Estados. Por outro lado, constituiu verdadeiro *ius non scriptum* pessoas que se diziam católicas e que estadeavam a sua intransigência confessional, casadas perante a Igreja, separarem-se, indo cada cônjuge contrair núpcias noutros paises, volvendo ao Brasil para a sociedade, para as próprias solenidades religiosas, festas de caridade, recepções oficiais etc. Não raro, recorriam a anulações de casamento somente perante o Estado e convolavam a novo casamento civil, com o que, em vez da harmonia, se tinha a mais hipócrita das traficâncias com o vinculo. Hipocrisia que era da sociedade, e não dos que a praticavam, forçados pela pressão social. *a)* Se queremos a indissolubilidade, *aconteça o que acontecer* (e o problema não pode depender da opinião pessoal de ninguém, pois que a grande maioria é que deve decidir), o melhor caminho é deixar-se inteiramente à religião católica o regramento em todo o direito matrimonial, quer material, quer formal, isto é, quer no tocante aos impedimentos e aos seus efeitos, quer no tocante à celebração. (A nossa sugestão quanto a impedimentos, feita na 20 edição, vingou na Constituição de 1946, art. 163.) *b)* Se queremos política que ofereça maior estabilidade, que considere a religião um dos processos sociais, sem a relegar à categoria de negócio privado, risquemos todas as regras relativas a impedimentos e celebração, bem corno relativas às relações pessoais dos cônjuges no tocante ao vinculo, e deixemos ao direito confessional, segundo a religião dos nubentes, ou segundo as regras de direito interconfessional, o ordenamento de tais matérias. Quando os nubentes não tenham religião, ou prefiram não se submeterem a ela, permita-se-lhes seguir o Código Civil, riscada a indissolubilidade do vinculo. Tal atitude é a que nos parece a mais científica e, até certo ponto, teve a prova experimental da legislação austríaca, onde o problema matrimonial, na luta entre o catolicismo e o protestantismo, assumiu caráter delicado.

8. *Definições de casamento.* As definições de casamento têm, como se vê, a natureza incerta e temporária de todas as coisas sociais. O seu fim deve ser o de caracterizar o seu tempo, e nada mais. Tempo e lugar. Não há conceito *a priori* de casamento, que valha para todos os tempos e para todos os povos. Tampouco, em direito comparado, os elementos comuns podem ir além de simples alusão à instituição.

Na 1ª edição do livro *Direito de Família,* formulamos definição, que era restrita ao direito brasileiro daquele momento: *o casamento é contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a*

título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer A crítica, que se lhe poderia fazer, consistiria em se lhe exprobrar o haver aludido à capacidade para o casamento e aos efeitos dele. Em rigor, difícil fora deixar-se de falar nos efeitos, porquanto o direito sempre lhes deu importância capital no fundamento da instituição. No próprio direito canônico, a descendência, a procriação, com as conseqUências dos direitos e deveres, entra por muito na definição do casamento, no que se poderia considerar essencial a ele. Em todo o caso, seria possível satisfazermo-nos com simples definição do contrato mesmo, sem aludirmos à capacidade e aos efeitos. Diríamos então: *casamento é o contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher.* Se preferirmos eliminar o conceito de marido, teremos: *o contrato de direito de família que regula a vida em comum (não só a união sexual) entre o varão e a mulher*

9. *Relações sexuais e casamento.* Evitemos, porém, um equívo co. Cedo, o casamento regula as relações sexuais, tem por fito assegurar proteção à procriação, e não há casamento entre pessoas do mesmo sexo, nem é imune à anulabilidade por erro o casamento em que um dos cônjuges é impotente. Mas as relações sexuais não lhe são essenciais (sobre esse ponto, decisivamente, — C. Crome, .*Systeni,* IV, 183, nota 4, e 184; A. Zeerleder, Vaterschaftsklage und Eherecht, *Zeitschift des bem. Juristenuercins* 21, 443; M. GmUr, Familienrecht, *Kommentar,* II, 1ª parte, 8), tanto assim que a ação para anulá-lo, por impotência do outro cônjuge, se extingue, e não há ação se, ao casar-se o cônjuge, conhecia a impotência do outro. Portanto, basta a comunhão de vida no sentido *espiritual* e *social.* O casamento do impotente, de que falamos, e o casamento dos estéreis não são menos casamentos que os outros. Aliás, dada a institucionalidade do casamento, pode faltar qualquer comunhão, e persistir o casamento. O casamento é, em primeira plana, a relação *ética* entre o varão e a mulher, com a legalização das relações sexuais, se as houver. Perdura, a despeito da separação judicial, que é dissolução da sociedade conjugal, o que implica separação de corpos, de bens e de convivência. Por outro lado, por meio de contrato faz-se o casamento, mas contrato de direito de família; no caso de celebração confessional, conforme a concepção do seu direito matrimonial. Mas o registro civil é que em verdade lhe dá existência jurídica e os efeitos civis; e tais efeitos não são, de regra, contratuais, —resultam do instituto mesmo. Fora dos meios juridicos, aparecem, aqui e ali, definições de casamento. Por exemplo, o filósofo 1. Kant *(Die Metaphvsik der Sitten,*

1, 107) o definiu como a união de duas pessoas de sexo diferente com o fim da posse recíproca, durante a vida, das suas qualidades sexuais. Note-se-lhe a sutileza: qualidades, e não sexo. O etnólogo e antropogeografista F. Ratzel *(Grundzúge der Võlkerkunde,* 9) caracterizou-o como a união formulada, tácita ou expressamente, entre homem e mulher para fundar lar comum e criar seus filhos. Aí, sai-se do domínio jurídico.

E. Westermarck procedeu com o mesmo desembaraço de sociólogo: o casamento não é mais do que a união mais ou menos longa entre o homem e a mulher, que deve durar desde o ato de reprodução pura e simples até depois do nascimento de filho, se ocorrer. Starcke *(Die primitive Familie,* 14) viu bem, como E Westermarck e E Ratzel, que, sociologicamente, o casamento é *mais* e *menos* do que o definido nos Códigos Civis: é, disse ele, a união mais ou menos durável do homem e da mulher, durante a qual os dois provêem em comum à sua subsistência.

10. *Concub nato.* O concubinato não constituía, no direito brasileiro, instituição de direito de família, posto que, hoje, sob a Constituição de 1988, art. 226, *§* 3Q, seja reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, "para efeito da proteção do Estado". A maternidade e a paternidade ilegítimas eram-no. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessassem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato.

Assim, servia e, hoje, serve ele de base à reivindicação dos bens comuns doados ou transferidos pelo marido à concubina (Código Civil, arts. 248, IV, 1.177); àação de investigação da paternidade, nos casos do art. 363, 1 etc. E a legislação social o vê.

O raciocínio pára diante de tais reminiscências religiosas com as quais *também* tem de pensar o expositor.

Assim, em nenhum ramo do direito civil se encontra maior coeficiente de sugestões que vêm de outras dimensões sociais. Principalmente, sugestões religiosas e éticas.

11. *A procriação e o interesse do Estado.* A procriação também pode interessar ao Estado, no sentido de facilitá-la numericamente, ou no sentido de obrigar ao casamento. Já então não se está no direito de família: já se pisa em terreno do direito público, como acontece com

as diferenças de impostos aos casados e aos não-casados, com os impostos especiais aos solteiros e viúvos ou aos que não têm filhos, e as quotas de filhos nas isenções e imunidades fiscais.

Pitágoras dizia que ter filhos era dever do homem, se queria agradar aos deuses. A Bíblia e os textos judaicos consignam o dever de casar (sobre o assunto, — J. Baron, *Das Heirathen in alten und neuen Gesetzen,* 13 s.). Mas a *continência* não perdeu a sua justificação e ganhou força com o Catolicismo. A Reforma é que põe a vida de casado mais próxima de Deus.

12. *Interpretação das regras de direito matrimonial.* Conforme se viu no correr deste Capitulo, não é possível considerar-se o casamento, no terreno jurídico, como fato jurídico tão-só, porque, se isso satisfaz a dogmática do direito e bastaria à exposição formal, de modo nenhum contentaria a quem procurasse a estrutura sociológica da instituição jurídica, a história do fato jurídico, nem, tampouco, ao intérprete — juiz, professor, advogado — porque se lhe depararíam regras juridicas e conceitos que são como nó, pontos duros e resistentes, no desenvolvimento lógico do instituto.

Capítulo II

Impedimentos Matrimoniais

§ 766. Qualidades e pressupostos para se contrair casamento

1.

Elemento ético do casamento. Devido à natureza jurídica e ao caráter moral do casamento, a lei estabelece uma série de requisitos sem cujo preenchimento não pode ele ser legalmente contraído. A falta de qualquer um desses pressupostos toma o nome de *impedimento* (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 20; Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* 1, 20; Zachariae, *Le Droit Civil français,* 1, 191). Impedimento matrimonial, portanto, é a ausência de requisito ou a existência de qualidade que a lei articulou entre os fatos que invalidam ou apenas proibem a união civil. Eram doze os impedimentos, segundo o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. O Código Civil enumerou dezesseis. Foram inovações: 1, os impedimentos oriundos da adoção (art. 183, 1,111 e VI; II, o impedimento do parente colateral do 3ª grau; III, o impedimento da menor de dezesseis e do menor de dezoito anos, pois o decreto de 1890 fixara o mínimo de quatorze anos para a mulher e de dezesseis para o homem. Talvez fosse mais adequada a nosso clima, às condições mesmas da nossa composição ética, a disposição do antigo decreto, que já tinha avançado dois anos ao sistema canônico. Basta notar que exigimos agora mais idade às mulheres do que a França, a Inglaterra, Portugal, a Espanha, a Grécia, a Turquia, a República Argentina, *e.g.*

2. *Classificação dos impedimentos.* Os impedimentos dividem-se em *dirimentes* e *proibitivos: Impedimenta matrimonli sunt vel impedientia tantum, vel dirimen tia.* Impedimentos dirimentes (de *dirimere,* romper: *dirimere nuptias,* que se encontra em Suetônio, é destruir um casamento), *impedimenta dirimen tia,* são aqueles cuja infração acarreta a nulidade do casamento: *vetant facienda: facta retractan t.* Impedimentos proibitivos, *impedimen ta impedien tia,* são os que, embora constituam embaraço legal à celebração do casamento, todavia não o invalidam: *impediunt fieri; facta tenent.*

Também se distinguem os impedimentos em impedimentos de

interesse público e impedimentos de interesse privado ou particular. Os impedimentos iuris *publici* ou de interesse público (o ius publicum nada tem com a divisão das regras juridicas em direito público e direito privado, que obedece a outro critério) são os que são invocáveis por todos, inclusive de oficio; *iuris priva* ti são ditos aqueles que só determinadas pessoas podem invocar. Por isso mesmo que as regras são de direito privado, tanto se referentes a esses como àqueles, melhor é o evitar-se a confusão oriunda da ambiguidade, e chamar-se àqueles impedimentos públicos (ou de interesse público) e a esses impedimentos privados (ou de interesse privado).

3. *Direito canônico e classificação dos impedimentos.* A dicotomia dos impedimentos em impedientes e dirimentes prende-se ao direito canônico, no qual era *matrimonium nuilum, invalidum,* o casamento realizado com infração dos impedimentos dirimentes. Ao sacramento do casamento ligavam os canonistas o princípio da indissolubilidade do vinculo conjugal e a competência exclusiva das jurisdições eclesiásticas no tocante às causas matrimoniais. Na realidade, o direito estatal não reconhecia todos os impedimentos da lei canônica, de modo que, se todos eles fossem dirimentes, algumas uniões valeriam em direito estatal e não valeriam em direito canônico. A lista canônica sofreu, através dos tempos, alterações, até que se estabilizou. Certamente, outros sistemas juridicos (basta lembrarmos as *leges imperfectae* dos Romanos) conheceram proibições legais que não tinham por conseqUência a eiva de *nullitas* para os atos consumados; mas verdade é que a teoria dos impedimentos proibitivos se desenvolveu nos canonistas e bem se cristalizou como principio subsumido no axioma *Non omne quod non licet nuílum est.* A situação da Igreja, constrangida a ação puramente disciplinar, punha-a na contingência de não poder editar regras sobre dirimência: a pena de nulidade seria inútil diante da competência legislativa dos poderes temporais. Em todo o caso, é bem possível que a verdadeira base da distinção estivesse no caráter sacramental do casamento: os impedimentos haviam de ser considerados simplesmente proibitivos, para que se respeitasse a aparência dos casamentos. Foi Yves de Chartres que formulou a teoria dos impedimentos dirimentes, pondo em relevo que se acham ligados, necessariamente, a um dos requisitos essenciais do casamento, não sendo permitida a nulidade que não estivesse explicita em texto legal *(causa Iegibtas cognita)*.

Tal principio passou ao direito civil de muitos Estados, inclusive ao direito luso-brasileiro e ao Código Civil. Cumpre notar-se que a afirmativa de não poder a Igreja restabelecer impedimentos dirimentes

foi repelida pelo Concílio de Trento, com anátema: “Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia vel in iis constituendis errasse: anathema sit.” Temos, assim, que a tese de Yves de Chartres e de outros passou às legislações estatais, enquanto a Igreja continuou de sustentar a sua competência legislativa em matéria de nulidade do casamento.

Porém a concepção do casamento como sacramento impedia, de si só, a criação de novos impedimentos dirimentes, porquanto deixariam de ser casamentos muitos que, no passado, foram considerados como tais e, pois, como sacramento. No Concílio de Trento põe-se ao vivo essa repugnância à incoerência no tempo.

4. *Influência protestante.* Os impedimentos dirimentes podem ser, conforme dissemos, absolutos ou de interesse público, e relativos ou de interesse privado. Os primeiros são os *impedimenta dirimen tia iuris publici,* também ditos *impedimenta dirimen tia publica;* e os outros, os *impedimenta dirimen tia iuris privati,* ou *impedimenta dirimen tia privata.* A distinção baseia-se no interesse para pedir a decretação de nulidade ou a anulação. Não é de origem católica.

É doutrina oriunda da teoria protestante do casamento (Heyer, .*Staatslexikon der Górres-Gesellschaft,* 1, 1405 e 1419).

O *Codex Iv* ris *Canonici* repele-a, como mostrou o seu autor, o cardeal Gasparri.

5. Dirimência *absoluta e nulidade; dirimência relativa. Impedimentos de dirimência absoluta* são os que motivam nulidade, isto é, são os de interesse público quanto à sanção, e suscetivel, assim, de ser proposta a ação por toda pessoa interessada; ou pelo Ministério Público, salvo se já houver falecido algum dos cônjuges (art. 208 e parágrafo único).

Impedimentos de dirimência relativa são os de que provém anulabilidade, quer dizer: de interesse particular de ceda pessoa, e só suscetível de ser proposta a ação por quem a lei estatui (Código Civil, arts. 209, 210, I-III, 212, 213, I-III, 216-220). Os canonistas distinguiam os impedimentos *em absolutos* e *relativos,* porém com outros conceitos, que correspondiam ao de vedação do casamento com qualquer pessoa, tal como ocorre com os menores e os demais incapazes ou os que já são casados, e a vedação só a respeito de determinadas pessoas, *e.g.,* quanto a parentes. Acima, empregamos o termo “absoluto” no sentido de impedimento que motiva nulidade

propriamente dita, isto é, que torna nulo, quanto aos cônjuges e aos filhos, o casamento contraído, e é suscetível a ação de nulidade com base no interesse público; e "relativo", no sentido de impedimento que apenas torna anulável o casamento, sendo a ação limitada a cedas pessoas.

A dicotomia que adotamos satisfaz, perfeitamente, o sistema do Código Civil brasileiro, enquanto a outra, usada por Monte, em seu direito eclesiástico, e por Lafaiete Rodrigues Pereira, na sua obra, de pouca ajuda nos seria. No sentido canônico seriam impedimentos dirimentes absolutos os do art. 183, VI (pessoas casadas), IX (pessoas por qualquer motivo coatas e as incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco o consentimento), Xl (sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverern, ou lhes não for suprido o assentimento do pai, tutor ou curador), XII (as mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito). Para que se evite a confusão entre impedimentos absolutos (sentido canônico) e impedimentos de dirimência absoluta, usaremos das expressões distintamente, afastando-nos do *Direito de Família, 1ª* ed. Aos impedimentos de dirimência absoluta chamaremos impedimentos *absolutamente dirirnentes* e aos impedimentos de dirimência relativa *impedimentos relativamente dirimentes.*

6. Terminologia do Código Civil. Na expressão "impedimentos", em que se englobam proibições ligadas à capacidade e prólbições que não dizem respeito à capacidade e seriam, em terminologia menos restrita ao direito de familia, proibições, e, no direito de família, os únicos verdadeiros impedimentos~ transparece o que dissemos na Introdução sobre ser separado dos outros ramos do direito civil, inclusive da Parte Geral, o direito de família. Não se disse que o menor de dezoito anos e a menor de dezesseis anos são *incapazes,* o que seria mais exato, em boa taxinomia, mas que são impedidos — dirimentemente — de casar (Código Civil, art. 183, XII) e o mesmo aconteceu com outros incapazes de consentir (art. 183, IX). Influência do direito matrimonial canônico. O Codígo Civil suíço, arts. 96-104, tratou separadamente os pressupostos de capacidade e os impedimentos, o que representa evolução técnica, quer em relação ao direito brasileiro, quer em relação ao direito alemão. Encurtou-se o conceito de impedimento.

Se a legislação militar e administrativa subordina o que se quer casar e é militar, ou exerce determinados cargos publicos, a autorização ou

permissão de superior hierárquico, ou, outras vezes, proibe o casamento com estrangeira, fá-

lo por meio de regras que, de ordinário, são disciplinares e não importam impedimento dirimente ou proibitivo.

§ 767. impedimentos absolutamente dirimentes

1.

Parentesco. A lei civil enumera oito impedimentos absolutamente dirimentes. *a)* O art. 183 diz que não podem casar: "Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legitimo ou ilegítimo, natural ou civil." Parentesco é a relação que vincula entre si individuos procedentes do mesmo tronco ancestral (cognaçao, consanguinidade), ou aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade). Muitas vezes essa relação é criada artificialmente pela lei e por intermédio da adoção, e se lhe chama, nesse caso, parentesco civil. São parentes, portanto: *o)* em linha reta, as pessoas que estão umas para as outras em relação de ascendentes e descendentes; 14 em linha colateral, ou transversal, até o sexto grau, as pessoas que provêm de um só tronco, sem descenderem umas das outras; *c)* por afinidade, os que são ligados a outro pelo vinculo do parentesco com o consorte desse outro, ou vice-versa (arts. 330-334). A palavra "parentes" já era usada no direito romano para designar o pai, a mãe e os ascendentes em geral (de *parere,* engendrar).

O art. 332, revogado pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 10, chamava parentesco legítimo o que procedia de casamento válido; ilegitimo, o que não tinha essa procedência legal. (O casamento anulado, como havemos de ver mais adiante fazia legítimos os filhos, tão-só; e o putativo, para esse, como para outros efeitos, é perfeitamente equiparado ao válido.) O parentesco, ainda sob o art. 332, era natural, ou civil, conforme resultasse de consangoinidade, ou de adoção. Não podem casas em suma: os filhos que, no direito anterior, mas não no atual, eram ditos legítimos ou ilegítimos, naturais ou adotados, legitimados ou reconhecidos, com os pais respectivos. O adotado, para esse efeito, fica absolutamente *loco filli.*

b) "Os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo." No art. 183, o inc. II, acrescentou-o. Antes do Concilio de Latrão, em 1215, a Igreja adotou doutrinas singularmente complicadas e injustificáveis, a propósito de afinidade e impedimento matrimonial. No direito romano, a afinidade não tinha graus: *Oradus au tem adjinitati nuíli sunt.* Era algo de qualitativo puro, imedivel. Supunha o casamento ("per nuptias copulantur", diz a L. 4, *§* 3, D., *de gradibus et adjinibus,* 38, 10). Ora, já no Levítico (XVIII, 8, 14-18) havia proibições de casamento entre afins, e a Igreja foi adotando-os através dos séculos IV a VI. No século VIII chegou ao auge com a regra do Concílio de Roma (721): "Si quis de propria cognatione vel quam cognatus habuit duxerit in coniugium, anathema sit." Extrapolação, provavelmente, de texto de Santo Agostinho: "Si vir et uxor non iam duo sed una caro sunt, non aliter est nurus deputanda quam filia." lodo o erro esteve em se tirar do conceito de *unitas carnis* razão para impedimento entre afins longínquos, como se todos os casamentos entre afins produzissem *turpitudo.* O direito romano, que não contava graus de afinidade, só impediu casamentos entre afins da linha reta (L. 14, *§* 4, D., *de ritu nuptiarum,* 28, 2; L. 17, C., *de nuptiis,* 5, 4). A Igreja quis a afinidade paralela ao parentesco e graduada, como ele, sendo de notar-se que, em ceda época, repetia a regra de que não havia graus na afinidade mas os contava à semelhança. Onde há parentesco há afinidade; e onde há afinidade, concluía, há impedimento. Mais: o naturalismo da Igreja ligou a afinidade à *capula carnalis,* e não ao casamento, donde ser possível a *aflinitas ex copula illicita.* Hincmar de Reims sustentou que, sendo causa de nulidade ter tido o marido antes do casamento relações sexuais com uma parenta da mulher, podia recusar-se à consumação das núpcias. Sanchez explicou que poderia estar: "invicta, ignorante, ébria, insana" a mulher, com que teve a cópula.

Inversamente, se o casamento não se consumou, a afinidade não se produziu (salvo o *impedimentum publicae bonestatis,* oriundo dos esponsais). Depois de chegar até aí, a Igreja criou outras espécies de afinidade: o *secundum genus affinitatis* (cônjuge e cônjuges dos parentes do outro cônjuge e afins do cônjuge em virtude de casamento anterior); o *tertium qenus aJfinitatis* (modo o parente do outro cônjuge, os parentes dos que se casassem com o cônjuge dele). Vê-se bem o absurdo da *aflinitas secundi generis* e da *alfinitas tertii generis.* Não parou aí. No século XI encontra-se a proibição do casamento entre os filhos nascidos do segundo casamento e os parentes do primeiro marido até o 49 grau de parentesco. Tudo isso era tirado, na mais intemperante urdidura lógica, do conceito realista da *unitas canis.* Acrescente-se que bastaria a cópula sexual para estabelecer a relação

proibida. Foi a tese da indissolubilidade que veio afastar outro absurdo: a *affinitas superveniens ex copula illicita.* O Concílio de Latrão (1215) suprimiu o *secundum* e o *tertium genus affinitatis,* bem como a regra, a que acima nos referimos, sobre o casamento entre *soboles ex secundis nuptiis.* A afinidade *primi generis* foi limitada ao 49 grau. Hoje *(Codex luris Canonici,* cânon 1.077), o *impedimentum alfinitatis* só deriva do casamento, desde que se deu o consentimento de presente, sem se exigir a *copula carnalis,* eliminada, assim, a *affinitas ex copula illicita.* Por outro lado, em vez de coextensiva à consangoinidade, a afinidade criadora do impedimento pára no grau da linha colateral. Quanto ao impedimento *honestatis publicae,* transformou-se, de modo a só se referir a casamentos inválidos ou concubinatos públicos e notórios (2ª grau da linha reta). No que concerne à afinidade, ou a técnica legislativa proibe o casamento entre afins na linha reta, ou nela e na colateral, ou somente quando a afinidade é legitima, ou também se legitima ou ilegitima. Hoje em dia não se pensaria, sem escândalo, em vedar-se o casamento entre o homem e a viúva do enteado, nem entre a mulher e o viúvo da sogra *(aflinitas secundi generis).* No Código Civil, art. 183,11, de origem romano-católica, a afinidade proibida é a afinidade em linha reta, não somente no U grau, como fora no direito do Império do Brasil, nem até ao 2ª grau, como estatuía o Decreto nº 181, de 24

de fevereiro de 1890, mas in *infinitum* e perpetuamente (já assim era no direito romano). *In infinitum,* porque a afinidade a que se refere o art. 183, inc. II, do Código Civil, é a de toda a linha reta; perpetuamente, uma vez que a afinidade, em linha reta, não se extingue com a dissolução do casamento que a originou (art. 335). A afinidade resultante de filiação espúria pode provar-se por confissão espontânea dos ascendentes da pessoa impedida, os quais, se o quiserem, terão o direito de fazê-lo em segredo de justiça (art. 184). A afinidade resultante da filiação pode também ser provada por confissão espontânea dos ascendentes, se da filiação não houver a prova do reconhecimento voluntário, de acordo com a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 1ª, 1-1V, (art. 184, parágrafo único). Alguns Estados não conhecem o *impedimentum affinitatis (e.g.,* nos Estados Unidos da América, — Nova York, Illinois, Califórnia e outros Estados-membros; a Rússia). A tendência é para fixá-lo só na linha reta (Alígemeines Landrecht prussiano; Código Civil suíço, art. 100; Lei sueca de 1915; Lei norueguesa de 1918, *§* 8; Lei dinamarquesa de 1922, *§* 13; Lei checoslovena de 1919, *§*

25; Código Civil alemão, *§* 1.310; Código Civil brasileiro, art. 183,11).

O Código Civil fala de *vínculo ilegítimo.* Pergunta-se: jquisse proibir o casamento entre os parentes em linha reta do amante ou da amante e a pessoa? Se assim é, temos que as relações com a filha impedem o casamento com a mãe, ou vice-versa; o ter sido amante do filho obsta ao casamento com o pai, ou vice-versa. Contra tal vedação, além do Aligemeines Landrecht prussiano, ficaram o Código Civil austríaco, o francês, o suíço, a Lei sueca de 1915, a Lei norueguesa de 1918, o direito anglo-americano; assim, o antigo Código Civil saxônico, *§* 1.613, a Lei dinamarquesa de 1922, *§* 13, alínea 2t o Código Civil alemão, *§* 1.310, alínea 2ª, por influência do partido do centro ao tempo da feitura do Código Civil, sendo de notar-se que a Igreja católica, abandonando o seu invento do *impedimentum aflinitatis ex copula illicita* (1917), deixou ao meio do caminho as legislações alemã (1899) e brasileira (1916), que ela mesma inspirara. Assim, A não pode casar com a filha, a neta, ou a mãe, ou avó da mulher que foi sua amante; nem B, com o filho, ou o neto, ou o pai, ou o avô de seu amante etc.

No Código Civil, ads. 182, II, 207, o impedimento é dirimente, de interesse público ou absoluto; no Código Civil alemão, *§* 1.310, impediente, se ilegitima a afinidade (alínea 2e), dirimente, se legitima (alínea 1ª). Na Dinamarca, o impedimento da afinidade ilegítima é dirimente e dispensável. No Brasil, absolutamente dirimente e indispensável. E

demais! A relação entre um cônjuge e os parentes outrora qualificados simplesmente naturais ou espúrios do outro é *affinitas legitima,* e não *a/finitas illegitima.* O impedimento existe entre o sogro e a nora, entre o genro e a sogra, entre o padrasto e a enteada, ou a madrasta e o enteado, ainda que o outro cônjuge tenha sido filho — abstraia-se, aqui, da Constituição de 1988, art. 227, *§* 6ª, — que proibe este discrime conceptual simplesmente natural ou espúrio, ou que seja filho simplesmente natural ou espúrio o enteado ou a enteada. Outrossim, e com a mesma abstração acerca da pré-

exclusão quanto ao uso de tais designações discriminatórias, entre o marido e a filha legitima ou natural da enteada, ou entre a mulher e o pai legítimo ou natural do seu sogro ou do seu enteado.

Se a mulher de A tem filha fora do casamento, não pode A casar-se com a filha da sua mulher *(a/finitas legitima).* Se a mulher de A, depois de anulado o casamento, dá à luz uma filha, o marido dela não pode casar-se com essa filha de quem foi sua mulher. Madin Wolff

(Familienrecht, *Lehrbuch,* II, *2,* 52) vê ai afinidade ilegitima. A opinião já estava em Unzner (G. Planck, *Búrgerliches Gesetzbuch,* IV, 28), porque casamento dissolvido não é mais casamento. No Brasil, tem-se o art. 335 do Código Civil que estatui: "A afinidade, na linha reta, não se extingue com a dissolução do casamento, que a originou." Aliás, correspondente ao *§* 1.590 do Código Civil alemão. Estranhe-se que se considere *affinitas iliegitima* a existente entre o marido, depois do divórcio, e a filha da sua mulher.

c) Acrescenta o art. 183, III: "O adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante." Já o adotante não pode casar com o adotado. O art. 183,111, proibe o casamento entre ascendentes e descendentes, mesmo em caso de parentesco civil, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 41, *pr.,* estatui que a adoção atribui a condição de filho ao adotado. Pela mesma razão moral e jurídica por que o inc. 1 dispôs nesse sentido, era óbvio que igualmente se proibisse o casamento da viúva do adotado com o adotante etc. Indaga-se se o impedimento oriundo da adoção é perpétuo. Lafaiete Rodrigues Pereira julgava que sim: o impedimento não se extinguiria com a *venia aetatis* ou a emancipação do adotado; seria igualmente perpétuo entre o adotado e a mulher do adotante, ou entre a mulher do adotado e o adotante (L. 14, *pr.* e *§* 1, D., *de ritu nuptiarurn,* 23, 2). O Código Civil diz que o vinculo da adoção se dissolve (arts.

373 e 374); e havemos de entender que cesse com ele o parentesco, pois o adotante está equiparado ao pai, quanto aos impedimentos — adoção é eficácia, que pode cessar (arts. 183,1,111 e V) — mas só enquanto ela persiste. E preciso, contudo, distinguir: adoção *cessada* (arts. 373 e 374) por dissolução do vínculo; e adoção *inexistente,* que "não produzirá os seus efeitos" (art. 377), quando se provar, por exemplo, que o filho superveniente estava concebido no momento da adoção. No primeiro caso, o *vinculo* se dissolveu, e cessou o impedimento; no segundo, não existe impedimento, porque nunca existiu, sequer, o vinculo ou quaisquer efeitos da adoção. Na linha colateral, o parentesco civil não está, quanto aos efeitos de impedimento matrimonial, equiparado ao natural. Só existem as regras do art. 183, 1, III e V.

d) Diz o art. 183, IV, que não podem casar: "Os irmãos, legítimos ou ilegitimos, germanos ou não, e os colaterais, legitimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive." Na linha reta, para estabelecer os graus de parentesco, contam-se as gerações; na colateral, remonta-se do individuo ao tronco ancestral comum, e depois se desce, pela outra

ramificação genealógica, até se encontrar o outro parente (art. 333). Chamam-se irmãos *germa nos* os filhos do mesmo pai e da mesma mãe; *unilaterais,* os que se ligam somente por um genitor; *consangúíneos,* se esse genitor é o pai; *uterinos,* se é a mãe. (Esse sistema provém do direito romano. No direito canônico outra era a contagem: subia-se até o progenitor comum; adotava-se, porém, para essa operação, se houvesse desigualdade, a linha mais longa. Assim, os irmãos são parentes em U grau; e dois primos germanos, parentes em 2ª grau *(in linea colíaterali aequali),* ao passo que, no direito civil, os irmãos são parentes no 2ª grau e os primos no 49 grau. Quando os parentes eram desigualmente afastados do tronco comum, in *linea coliaterali inaequali,* contavam-se os graus que o mais remoto distava do autor comum e esse número exprimia o parentesco entre os dois cognados: *Quot gradu remotior persona distat a communi* stipite, *tot gradibus distant cognati interse.)*

O Código Civil, como se vê, foi mais rigoroso do que o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Esse só proibia o casamento de colaterais até o 2ª grau. Colaterais até o 39 grau inclusive são sobrinha e tio-irmão do pai e da mãe, tia e sobrinho. É uma acertada medida, pois muito se abusava, com sérias desvantagens para a descendência, dessas uniões fisiologicamente condenadas. O Projeto primitivo do Código Civil não incluia os colaterais do 39 grau (cf. Projeto primitivo, art. 218, inc. 49). No Senado Federal, Rui Barbosa sugeriu inclui-los, quer fossem legítimos quer ilegitimos, e a 2ª Comissão Especial do Senado Federal, em parecer datado de 31 de agosto de 1912, disse do valor desse novo impedimento: "A emenda aditiva do art. 187, nº IV, representa uma conquista do direito. O casamento de colaterais até o 39 grau repelido pela ciência tem dado lugar à degeneração da familia brasileira; e o exemplo dos Códigos português, francês, espanhol e suíço, para outros não citar, deve, como acontece, ser seguido pelo Código Civil brasileiro." A exogamia foi praticada pelos antigos Romanos. As vedações que depois permaneceram apanhavam a linha reta e os colaterais até o 39 grau. Lei feita para o imperador Cláudio, de intuito pessoal, mas, em si, geral, permitiu que o tio casasse com a sobrinha, se bem que não a tia com o sobrinho. Em compensação, obstava-se ao casamento do tio-avô com a sobrinha-neta e da tia-avó com o sobrinho-neto. A Igreja católica foi sempre hostil ao casamento entre parentes, indo além dos textos do Antigo Testamento. Recorria-se á natureza, à lei natural (Santo Ambrósio, Santo Agostinho).

Santo Agostinho procurou argumento que, sobre ser demasiado sutil, constituiu espécie de política das fusões, acima dos fundamentos

religiosos e legais: o casamento semeia amor, liga; supérfluo, então, ligar pessoas que já estão ligadas e criar amor entre pessoas que já se amam. Tal pragmatismo efetivo tinha por fito ligar o maior número, fazendo das núpcias uma espécie de casamento social. Constituição dos filhos de Constantino ab-rogou a lei feita para Cláudio; outra, de Teodósio, proibiu casamento entre primos germanos, mas, por imposição popular, foi ab-rogada no Oriente pelo imperador Arcádio. Depois da queda do Império ocidental, os concílios do século VI vedaram as núpcias aos filhos de primos germanos. No Concílio de Roma, em 721, estendeu-se a todos os cognados (6ª grau de direito civil, segundo interpretação, que recorria, aliás erradamente, aos graus da sucessão romana). Na Idade Média a Igreja católica proibiu os casamentos entre parentes, exagero de que volveu, mantendo a proibição tão-só até o sétimo grau de computação canônica. Não se sabe, ao cedo, a que obedeceu aquele primeiro movimento, tanto mais quanto a lei judaica *(Números,* XXXVI, 7 e 8) começara por ordenar as uniões entre homens e mulheres da mesma tribo e sangue, ao que se seguira reação quanto aos casamentos com próximos consangúineos, tachados de torpes *(Levítico,* XVIII, 6; 7-20, quanto à linha reta, aos irmãos e irmãs germanos, consangúíneos e uterinos, tia paterna ou materna e sobrinho). Os investigadores crêem que se reagia contra as uniões incestuosas dos Germanos, ou contra os males da promiscuidade dos agregados rurais medievos. O Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, permitiu o casamento de colaterais, legitimos ou ilegítimos, do terceiro grau, desde que se observe o processo do art. 20.

Os colaterais do terceiro grau, que pretendam casar-se, ou seus representantes legais, se forem menores, requererão ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspeição, para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio (art. 2ª). Se os médicos divergirem quanto à conveniência (aliás não-inconveniência), poderão os nubentes, conjuntamente, requerer ao juiz que nomeie terceiro, como desempatador (art. 2ª,

§ 1ª). Entende-se, pois, que desistiu de casar, não havendo o pedido conjunto, o nubente que se recusou a pedir a nomeação. Sempre que, a critério do juiz, não for possível a nomeação de dois médicos idôneos — *e.g.,* só há um no lugar — pode ele incumbir do exame a um só médico, cujo parecer será conclusivo (art. 2ª, *§* 2ª). O exame médico é feito extrajudicialmente, sem qualquer formalidade, mediante simples apresentação do requerimento despachado pelo juiz

(art. 2ª, § 3ª)~

Pode o exame médico concluir, não apenas pela declaração da possibilidade ou da irrestrita inconveniência do casamento, mas ainda pelo reconhecimento da sua viabilidade em época ulterior, uma vez feito, por um dos nubentes, ou por ambos, o necessário tratamento de saúde. Nessa última hipótese, provando a realização do tratamento, poderão os interessados pedir ao juiz que determine novo exame médico, na forma do art. 2ª do Decreto-Lei nº 3.200 (art. 2ª, § 4ª).

Quando não se conformarem com o laudo médico, poderão os nubentes requerer novo exame, que o juiz determinará, com observância do disposto no art. 2ª, caso reconheça precedentes as alegações (art. 2ª, § 59. O atestado, constante de um só ou mais instrumentos, será entregue aos interessados, não podendo qualquer deles divulgar o que se refira ao outro, sob as penas do art. 153 do Código Penal (art. 2º, § 6º. Quando o atestado dos dois médicos, havendo, ou não, desempatador, ou do único médico, no caso do § 2º do art. 2ª do Decreto-Lei nº 3.200, afirmar a inexistência de motivos que desaconselhem o matrimônio, poderão os interessados promover o processo de habilitação, apresentando, com o requerimento inicial, a prova de sanidade, devidamente autenticada. Se o atestado declarar a inconveniência do casamento, prevalecerá, em toda a plenitude, o impedimento matrimonial (art. 2º, § 7º Sempre que, na localidade, não se encontrar médico, que possa ser nomeado, o juiz designará profissional de localidade próxima, a que irão os nubentes (art. 2º, § 3º). Os médicos nomeados terão a remuneração que o juiz fixar, não superior a cem cruzeiros para cada um (art. 2º, § 9º)~ Se algum dos nubentes, para frustrar os efeitos do exame médico desfavorável, pretender habilitar-se, ou habilitar-se para casamento perante outro juiz, incorrerá na pena do art. 237 do Código Penal (art. 39).

Duas questões que nascem do Decreto-Lei nº 3.200, ambas dignas de estudo: a) Se o Decreto-Lei nº 3.200, ads. 1ª-39, permitindo, com o exame positivo de não-inconveniência, o casamento dos colaterais do terceiro grau, derrogou o art.

183, IV, do Código Civil, que fazia impedimento *dirimente* tal parentesco, ou manteve a dirimência do impedimento e apenas abriu exceção a ela, pela prova contrária ao fundamento do impedimento. Na prática, a resposta é de toda a impodância. 1) Se foi riscado o impedimento dirimente, não é nulo o casamento que se fizer sem o exame, ou a despeito do exame negativo: em vez da dirimência, apenas há impediência. 2) Se não foi riscado, continua a nulidade de

qualquer casamento entre colaterais do terceiro grau, *salvo* se houve o exame favorável do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.200, atendido, à risca, na habilitação. Se bem que para a solução 1) se pudesse invocar o art. 1º do Decreto-Lei nº 3.200, de diz "o casamento de colaterais, legítimos ou ilegítimos, do terceiro grau, é permitido nos termos do presente Decreto-Lei", a verdadeira solução é a solução 2), porque: no final do art. 2º, *§* 7º, do Decreto-Lei está claro que, "se o atestado declarar a inconveniência do casamento, prevalecerá, em toda a plenitude, o impedimento matrimonial"; o próprio art.

79 dizia que o casamento "é permitido nos termos do presente Decreto-Lei". Não houve derrogação do impedimento dirimente. Ele continua. Apenas, em vez de regra legal absoluta, se concebeu a proibição à semelhança das presunções *juris tantum* cerceadas, isto é, que admitem prova (no caso, especial) em contrário. Tal prova é sujeita a exigências de tempo e de forma, — antes da habilitação e segundo o art. 2º. *b)* Pode ocorrer, no caso do art. 3º, acima citado, do Decreto-Lei nº 3.200, que o exame tenha sido desfavorável, porém tenham os nubentes verificado ser incompetente o juiz para a habilitação. Então, o pedido de novo exame tem de ser feito ao juiz competen te. ~Como têm de proceder os nubentes? ~Dirigem-se ao juiz competente, narrando o que aconteceu e juntando o laudo desfavorável, para que ordene outro exame, ou se dirigem ao juiz por onde correu o pedido, alegando-lhe a incompetência e pedindo que oficie ao outro juiz, remetendo-lhe o processo? Qualquer dos dois caminhos serve.

Naturalmente, se o juiz do primeiro laudo não se reconhecer incompetente, dar-se-á o recurso, no segundo caso; o conflito de jurisdição, no primeiro caso. Qualquer dos referidos dois caminhos que tomem os nubentes afasta a incidência do art. 3º do Decreto-Lei.

e) Acrescenta o art. 183 que não podem casar (art. 183, V): "O adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva." Se a adoção cessou, não cessa com ela esse impedimento. Não existe, porém, se a adoção for declarada inexistente, ou tida por nula, ou anulada. Diz o art. 41, *pr.,* da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais." Os impedimentos fundados na adoção provêm do direito romano. Recebeu-os, com o renascimento dos estudos desse direito, a doutrina

canônica, e foi Graciano que se valeu de texto de Nicolau 1 (século IX) e de Decretal do século XII, ambos referentes ao parentesco espiritual, mas alusivos ao princípio romano sobre a adoção, para estabelecer o impedimento de parentesco adotivo. Da adoção nascia, em direito romano, o parentesco civil ou agnação, e o adotado fazia-se agnado de todos os agnados do pai adotivo. A emancipação extinguia-o. Porém, enquanto durava, havia também cognação e, pois, impedimento matrimonial, que às vezes lhe sobrevivia (entre adotante e adotado). Foi isso o que o direito canônico recebeu, considerando-se *dirimente* o impedimento. O Código Civil não dá à emancipação (no sentido próprio), nem ao suplemento de idade, o efeito de extinguir a adoção, que só se dissolve nos casos dos ads. 373 e 374 (desligação, distrato, ingratidão). Ali, o parentesco civil persiste. Porém não se estabeleceu impedimento entre o adotado e os sobrinhos do adotante. Só existem os impedimentos na linha reta (art. 183,1), entre o cônjuge do adotado e o adotado (art. 183,111) e entre o adotado *copulet motrimonio quam prius polluit adulterio* foi principio que encabeçou título da coleção das Decretais. Bernardo Papiense (do século XII) referiu-se à proibição geral da regra *Nullus ducot* in rnatrimonium *qucim prius polluit per odulterium.* As dispensas pululavam; e acabou por desaparecer o axioma, firmando-se exatamente a doutrina contrária, que o riscou, sem deixar, sequer, a impediência. Em todo o caso, os adultérios associados à maquinação de mode ou à promessa de casamento passaram a ser impedimentos dirimentes. Obra do século IX, ainda hoje em vigor *(Codex* luris Canonici, cânon 1.075). A Congregação dos Sacramentos decidiu, a 3 de junho de 1912, que não é preciso ter sido válido o *matrimonium czttentatum;* ainda se nulo, ou aparente, como é o civil para as pessoas submetidas à clandestinidade.

O art. 183, VII, não é de redação clara. ~A condenação, que ele supõe, é a do cônjuge adúltero, ou a do cúmplice? aDiz ele que "não pode casar o cônjuge adúltero, como tal condenado, com o seu co-réu", ou que "não pode casar o cônjuge adúltero com o seu co-réu como tal condenado"? É sem importância, dir-se-á, apurar-se o sentido gramatical, porque têm de ser condenados os dois, ou não há adultério. Mas sem razão fora pensar-se desse modo: o co-réu pode não ter tido intenção criminosa, e.g., se ignorava que fosse casada a mulher com quem teve relações sexuais, e condenado só seria o cônjuge adúltero. Por outro lado, o coito com mulher casada, sem que essa saiba que não está em relações com o marido, é, a despeito de um *plus,* adultério, e ai condenado seria o estranho, e não o cônjuge. O que o art. 183, VII, proibe é o casamento do cônjuge *adúltero,* como tal condenado na ação de separação judicial, ou em processo criminal, com a pessoa com quem cometeu o adultério. A carência de culpa

dessa pessoa, a despeito da expressão "co-réu", que aparece, na regra, não elide a vedação. Co-réu, aí, está por *particeps criminis.* (Diante do *Personenstondsgesetz, §* 33, nº

5, que também fatou de *Mitschuldigen,* a solução foi a mesma, segundo se informa, *e.g.,* Martin Wolff, *Lehrbuch,* II, *2,* 55.) A França, que tinha tal impedimento como proibitivo (Código Civil francês, art. 298), aboliu-o pela Lei de 15 de dezembro de 1904. Assim, também, a Romênia (1906) e Portugal (1910). O direito anglo-americano desconhece-o. Igualmente o da Rússia (desde 1850), o da Itália (1865), o da Suécia (1915), o da Noruega (1918), o da Dinamarca (1922), o da Checoslováquia (1919).

No direito brasileiro, é preciso que tenha havido condenação. No direito alemão, que o adultério tenha sido o fundamento do divórcio *(§* 1.313). Se bem que o Código Civil brasileiro, art. 183, VII, somente fale de "como tal condenado", havemos de entender que se trata de condenação por sentença passada em julgado, se bem que não seja de exigir-se que contenha ela, na parte dispositiva, a exprobração do adultério: basta que se ache nos fundamentos da decisão. Se foram apontados dois ou mais cúmplices, e só a um se reporta o julgado, considerando-se provado o adultério, só em relação a esse há o impedimento.

4. Impedimento de crime. Diz o art. 183, VIII, que não podem casar: "O cônjuge sobrevivente com o condenado como delinquente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte." O Código Civil alemão e o francês não o mencionam. Nem era igual a vedação do direito canônico, que exigia o fato de ser adúltero o cônjuge sobrevivente para que a condenação de um deles — cônjuge adúltero ou cúmplice do adultério —

fosse impedimento. O Código Civil assenta doutrina mais geral, que era a do Decreto nº 181, e corresponde à do Código Civil italiano, art. 88. Há o impedimento de crime (art. 183, VIII), ainda que se possa provar a nulidade ou a anulabilidade do casamento. Somente não no há se o crime foi cometido após passar em julgado a decisão de nulidade ou de anulação, ou, em se tratando de pessoa que pode, por seu estatuto, ser divorciada, depois de passar em julgado a sentença de divórcio. A lição do *Codex Iuris Ccnonici* é de reter-se, conforme a jurisprudência da Congregação dos Sacramentos (3 de junho de 1912).

5. *Nulidades por incompetência.* A essas dirimências absolutas deve-se juntar, por ser nulo, e não anulável, o casamento, posto que sanável a nulidade, se não for alegada dentro de dois anos contados da celebração, o casamento civil *(aliter,* o religioso inscrito) contraido perante autoridade incompetente (art. 208). Cumpre distinguir-se, por ser de grande importância teórica e prática, o casamento nulo e o casamento inexistente. Casamento nulo por incompetência do presidente do ato é o que se fez perante autoridade ou juiz de casamentos. Se o presidente não é autoridade competente *ratione materice,* o casamento não é nulo. E menos: é inexistente. Não pode ser sanada a nulidade com os dois anos da lei, nem goza ele dos efeitos civis do casamento putativo, que só se reconhecem ao casamento nulo e ao casamento anulável. Não se sana a inexistência, nem há efeito do nada. Casamento nulo é o celebrado por autoridade incompetente *ratione loci,* ou *ratione personarum,* porém competente *ratione materice.*

Serve de exemplo o casamento religioso. Se não obedeceu ao estatuído nos arts. 71-75 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, segundo o que a Constituição de 1988, art. 226, *§* 2ª, prevê, não é nulo: é inexistente. Não constitui impedimento para outro casamento. Não pode ser declarado putativo, nem se lhe aplica a regra legal relativa ao casamento perante autoridade incompetente (art. 208 do Código Civil), nem se lhe atribui qualquer efeito civil do casamento nulo (art. 405). Mas, inscrito, é e *vale* e é *eficaz* tal casamento.

A incompetência do juiz celebrante a que se refere o art. 208 depende, se territorialmente, da legislação local, porque é ela que dá a organização judiciária. *De lege Jerenda,* é de lamentar-se isso; mas, *de lege lata,* o art. 208 é ineliminável pela interpretação. Em todo o caso, a sua incidência é quase nenhuma, devido a ter-se concebido — no direito de organização judiciária, que émúltiplo (Constituição de 1988, art. 25, *§* 1g) — como sem ligação *loci* a competência dos juizes de casamento. Poder-se-ia estabelecer competência territorial, mui raro se tem cogitado disso, acertadamente.

Essa é a razão para se ter como descabida a discussão — no plano do direito civil — entre os que entendem que o casamento só se pode celebrar no lugar e pelo juiz do lugar de residência de um dos nubentes e os que entendem que se abstrai disso (cf. 3ª Câmara, 4 de dezembro de 1940, *RT* 130/123, e Câmara do Tribunal de São Paulo, 15 de fevereiro de 1943, 145/ 207, ambas quanto a São Paulo).

§ 768. Impedimentos relativamente dirimentes

1. Coação *e incapacidade de consentir.* Diz o art. 183, IX, que não podem casar: "As pessoas por qualquer motivo coatas e as incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento." Os impedimentos relativamente dirimentes tornam apenas anulável o casamento. O Código Civil mencionou-os nos arts. 183, IX a XII. A situação da pessoa que não consentiu, mas, a despeito disso, outros simularam o seu casamento, escapa ao art. 183, IX: não se equipara à situação das pessoas coatas, porque, aí, não houve, sequer, o ato: houve apenas, a aparência dele, se a pessoa não estava presente *(auiter,* se ou não fatou, ou não podia fisicamente falar); nem a presença da autoridade celebrante lhe dá valor que só a ação de invalidade possa desfazer. O vício do consentimento proveniente de erro produz também, conforme explícita regra do Código Civil (art. 218), anulabilidade. Cumpre observar-se aqui o que apontamos, em geral, no direito de família: resistiu e resiste ele, mais do que os outros ramos do direito civil, à evolução técnica, de modo que ainda se chama *impedimento* ao que é, rigorosamente, *incapacidade matrimonial.* A Parte Geral não conseguiu influir, — o que constituiu novidade do Código Civil suíço, que separou *incapacidade* e *impedimento,* dando, a esse, sentido mais estreito. A influência canônica, a tal respeito, na terminologia do direito brasileiro, é quase completa.

Quais as pessoas coatas e incapazes de consentir? Quanto ao casamento, são incapazes, além das pessoas portadoras de um dos impedimentos matrimoniais declarados no art. 183: *a)* os loucos de todo o gênero; *b)* os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade (Nina Rodrigues, Parecer, *Trabalhos da Comissão especial da Câmara dos Deputados,* II, 302. 305: "Para a loucura, sem dúvida, devem os Códigos adotar designação genérica que se aplique a todos os casos de alienação mental. A não ser, de fato, por uma convenção de puro arbítrio, jamais se conseguirá incluir em *loucos de todo o gênero* todos os casos de incapacidade civil por anormalidades ou perturbação física, de que o Projeto não se ocupou, dando-os naturalmente por compreendidos naquela rubrica genérica. E esses são casos, não só de estados permanentes de insanidade mental, como de estados transitórios."). Quanto aos c) silvícolas, incidem as regras jurídicas do regime tutelar estabelecidas na Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, arts. 12 e 13, salvo se integrados à comunhão nacional e "reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda

que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura". Quanto às pessoas coatas, umas podem ser vítimas de coação física, outras, de coação psíquica; e o consentimento pode ser extorquido por violência *(vi),* por ameaça *(metu),* ou por sugestão. Nesse assunto, a questão mais grave é a de se saber se é válido o casamento contraido pelo louco em momento lúcido. Temos de cindir o problema: *a)* casamento efetuado em intervalo lúcido, antes da interdição; *b)* casamento efetuado em intervalo lúcido, depois da interdição. (O Projeto primitivo, ao enumerar os incapazes para testemunhar, dizia: "Os alienados de qualquer espécie, ainda que tenham lúcidos intervalos", art. 152, 1. Depois de variações de forma, o Código Civil adotou a expressão "loucos de todo o gênero". Quanto à questão dos intervalos lúcidos, teria sido melhor regra que explicitamente vedasse tal verificação de capacidade momentânea.) Discutiram-se por muito tempo essas questões. Os comentadores do Código Civil francês, firmados em R. Pothier (Traité du contrat de mariage, *Oeuvres,* III, Parte 1, 323), sustentavam a validade do casamento anterior à interdição, quando celebrado em intervalo lúcido. Quanto ao casamento posterior àinterdição, caracterizavam-se as divergências: Duranton (Cours *de Droit Civil,* II, nº 27 e 29) e V. Marcadé *(Explication théorique et pratique du Code de Napoléon,* 1, 456) entendiam que o interdito não podia casar em momento algum; C. Demolombe (Traité du Mariage, *Cours de Code Napoléon,* III, 189) e E Laurent *(Principes de Droit civil,* 1, 360) consideravam válido o casamento contraído pelo interdito em momento de lucidez. *Varii varie dixerunt.* Deve-se pôr a questão noutros termos. Se houve interdição, nenhuma dúvida pode existir sobre a anulabilidade do casamento. Se ainda não se interditou a pessoa, é matéria de fato saber-se se era capaz ao tempo em que contraiu casamento. O

problema passa, então, ao terreno da ciência, sendo de notar-se que o Código Civil não mais se refere a "intervalos lúcidos". O único artigo em que se empregava a expressão, para lhe dar valor, foi o art. 1.798, inc. 2, do Projeto primitivo, mas, no Código Civil, só aparece a expressão "loucos de todo o gênero" (art. 1.627, II).

O surdo-mudo, que manifesta o seu pensamento, pode casar-se. A linguagem mímica é linguagem de pleno valor, no direito civil brasileiro, desde que não deixe nenhuma dúvida quanto à expressão do consentimento. O que é de mister é que, em procuração por instrumento público, o surdo-mudo, que não possa, ou não saiba escrever, confira poderes para a assinatura do assento matrimonial. Aliás, idêntica à situação dos surdos-mudos é a dos que são paralíticos dos braços, ou não os têm.

Se o nubente sabe assinar, ainda que não seja com as mãos, vale a assinatura. Por exemplo: se assina com os pés, ou com a boca.

Se a pessoa capaz, no momento de contrair casamento, se acha em situação de não poder ser responsável por seus atos, como nos casos de uso de tóxicos (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de dezembro de 1922), o casamento é dirimido, como o do louco e o do surdo-mudo que não pode exprimir a sua vontade. Se tal pessoa tinha preparado os papéis de casamento e os efeitos da intoxicação foram apenas no momento da celebração, fica-lhe o ônus da prova de que, se estivesse em situação de consentir, não teria consentido, — em virtude da presunção que nasce dos atos preparatórios do casamento. Nos casos em que não houve o consentimento, qualquer que seja o motivo, mas o casamento foi efetuado com todas as formalidades legais, tal falta de consentimento, no sistema do Código Civil brasileiro, é impedimento dirimente, do qual provém a anulabilidade, e não óbice absoluto, de que emanasse *matrimonium non existens.* O problema será versado, adiante, com mais largueza. No que concerne a coação, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias, que possam influir na gravidade da violência (Código Civil, arts. 98 e 99).

A regra jurídica abrange todo o direito.

No mesmo sentido, a 3e Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 29 de abril de 1953 *(Ai* 108/104): "...com o simples temor reverencial não se deve confundir a imposição paterna nos sistemas familiares rígidos e severos, como o foi o romano... nas formas mais acentuadas de dominação paterna, como a israelita... A situação é inteiramente semelhante à adotada, tendo em conta o caráter absolutamente autoritário, tradicional, dos poderes paternos, na família italiana". A intervenção de autoridade policial pode caracterizar coação à mulher *(e. g.'* 1 ~ Turma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 3 de junho de 1949, *OD* 61/309). Tem-se de exigir prova da coação: não se presume ter havido (5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2 de setembro de 1947, OD 54/277); e há de ter crido na ameaça, o que depende da receptividade pessoal (art. 99), de modo que não se pode dizer, como a @ Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 22 de novembro de 1945 *(F?T* 163/ 710), que deva ter tido razão de crer (ter razão é ter fundamento objetivo para crer, o que o art. 99 afasta, em geral; cf. 2ª Câmara, 4 de

novembro de 1941, 136/241). A coação pode padir do juiz ou ser também pelo juiz.

2. Rapto. Acrescenta o art. 183, X, que não pode casar: "O raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder e em lugar seguro." E caso especial de coação que a lei civil, à semelhança do direito canônico, considerou impedimento dii-mente. No Projeto primitivo não se incluira, por se ter em conta de ocioso, dando-se como fundamento, em todo o caso, que, sendo menor, já existia o impedimento da falta de assentimento paterno, ou do tutor (Clovis Bevilacqua, *Direito da Família,* 79). Sem razão, porquanto o rapto pode ser feito com anuência do pai, da mãe, ou do tutor (O Decreto nº 181 mantinha a disposição canônica. O Código Civil, em vez de desprezar, como o francês, o italiano e outros, tal padicularização, que é, em verdade, sem grande alcance, seguiu a redação do decreto.) O

impedimento cessa quando a raptada se acha em lugar seguro e fora do poder do raptor. Se bem que o Código Civil não houvesse falado da sanabilidade, com o tempo, da anulabilidade, que resultaria do casamento com infração do art. 183, X, sempre interpretamos que estava sujeita a ação à preclusão do art. 178, *§* 5ª, 1, que veio a ser revogado pelo Decreto-Lei nº 4.529, de 30 de julho de 1942, art. 1º Convém notar que a opinião de V. Marcadé *(Explication théorique et pratique du Code de Napoléon,* 1, nº 628) de que o rapto por sedução também faz anulável o casamento foi a adotada pelo Código Civil brasileiro, que não no excluiu e apenas admitiu a cessação do impedimento quando fora do poder do raptor, em lugar seguro, a raptada.

O

impedimentum raptus vem do Baixo-Império. Influência provável da Igreja. Ao raptor era imposta a pena de mode.

Nem a filha nem os pais podiam consentir no casamento com o raptor. A infração importava nulidade. O direito canônico seguiu o mesmo caminho quanto à proibição. Mas o século IV e seguintes atenuaram a luta contra os raptos e atendeu-se a que, cessada a coação, não se explicava o impedimento, e a que era preciso definir-se o *raptus* (retirada contra a vontade dos pais, ainda que a raptada consentisse). Graciano representa tal época. Posteriormente, afastou-se a referência à vontade dos pais e permitiu-se que a raptada pudesse casar-se com o raptor, se consentisse, ainda que tacitamente. E essa é a doutrina

canônica desde o Concílio de Trento.

3. *Falta de assentimento.* Diz o art. 183, Xl, que não podem casar: "Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido, o consentimento do pai, tutor, ou curador." Os que se acham sob o pátrio poder (do pai ou da mãe), ou sob o poder tutelar ou curatelar, precisam, para casar, do assentimento do pai e da mãe, do tutor, ou do curador. A necessidade do assentimento dos pais não resulta do pátrio poder, tanto assim que a lei exige o assentimento de ambos. Havendo discordância entre eles, prevalece a vontade paterna, ou, sendo separado o casal por separação judicial ou anulação do casamento, ou divorciado, a vontade do cônjuge *com quem estiverem os filhos,* diz o Código Civil, art. 186, e acrescentamos nós com quem estiver o filho, ou filha, que vai casar", urna vez que é possível estarem os filhos distribuídos pelos dois. Sendo, porém, não-casados os pais, basta o assentimento do que houver reconhecido o menor, ou, se esse não for reconhecido, o assentimento materno (art. 186, parágrafo único).

Até a celebração do casamento podem os pais, tutores e curadores retratar o seu assentimento (art. 187).

Acaba o pátrio poder pela *venia aetatis,* pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau científico em curso de ensino superior, pelo estabelecimento civil ou comercial com economia própria (o que constitui, em qualquer dos casos, *venia aetatis* tácita), pela emancipação, no sentido exato, pela maioridade e pela adoção. Extinto o pátrio poder, deixa a falta de assentimento paterno de ser impedimento, salvo, está claro, no caso de adoção, devido à transferência. Cessando a tutela ou a curatela, já não precisa o tutelado ou curatelado do assentiment o para casar, exceto se cair em pátrio poder, nos casos de legitimação, reconhecimento da paternidade ou da maternidade, ou da adoção.

O art. 183, Xl, somente se refere aos sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou não lhe s for suprido o assentimento dos pais, tutor ou curador (art. 185). Não se fatou da adoção. Donde a questão: ~Precisa o adotado, para contrair casamento, do assentimento do adotante? A lei não no diz expressamente, mas referiu-se a

“sujeitos ao pátrio poder”, e a adoção é substituição do pátrio poder Cedo, o conceder ou negar assentimento para casar não deriva, exclusivamente, do pátrio poder, como a nomeação de tutor por testamento, a representação nos atos da vida civil etc.; provém de *status* de pai e de mãe, *status* que existe no parentesco natural, como existe no parentesco civil. A adoção não extingue os direitos e deveres que resultam do parentesco natural, porém o pátrio poder é transferido, diz o art. 378, do pai natural para o adotivo. Transferido o pátrio poder, com ele mudam de titular os deveres e direitos que o constituem. A paternidade civil substitui a outra, *em efeito.*

Se o assentir ou o negar assentimento não entra nos poderes componentes da *patria potestas,* ainda nos resta indagar se está ligado ao parentesco natural. Incluído no pátrio poder não está, porque a mãe, sem pátrio poder, o tem. Ou pedence aos efeitos do parentesco natural, ou ao *status* de pai e de mãe, comum ao parentesco natural e ao parentesco civil.

Historicamente, o assentimento nunca foi elemento derivado do parentesco natural. Nos primórdios, nem se exigia o consentimento dos esposos *alieni iuris:* bastava o dos *patres famílias;* e, como o chefe de família nem sempre era o pai natural, o assentimento desse nada valia, e sim o do avô ou do adotante. Sob o Império romano não tinham mais os *patres famílias* o direito de constranger os filhos a casar, e eis porque, sob Antonino, o piedoso, dizia Terêncio Clemente (L. 21, D., *de ritu nuptiarum,* 23, 2): *Non cogitur filius familias uxorem ducere.* O consentimento dos esposos tornou-se essencial, e os dos *patres familias* diminuiu de impodância, podendo ser suprido pelo magistrado, se a recusa não tinha motivo justo. O casamento celebrado a principio pelos pais em nome dos filhos tornou-se um casamento realizado pelos filhos, com assentimento dos pais (E. Girard, *Manuel,* 146).

Onde o assentimento não é ligado ao *status* de pai e de mãe, ou só de pai, as leis o prendem ao pátrio poder, e não ao parentesco natural, salvo por extensão, como ocorre, em alguns sistemas jurídicos, com os avós naturais.

O assentimento do pai ou dos pais, ou da mãe, ou do adotante, ou dos adotantes, ou do tutor, ou do curador, pode ser suprido pelo juiz, com

recurso para a instância superior, se for injusta a denegação. Não se diz o que se entende, na lei, por denegação injusta. E a injustiça apreciada diante dos fatos, tais como os que mostram o desregramento de costumes do noivo ou da noiva, os perigos para a saúde, a inaptidão para o sustento da família (cf. Esbôço de Teixeira de Freitas, art. 1.216; Código Civil chileno, art. 113; peruano, 150). Alguns países não permitem o suprimento judicial do assentimento dos pais, ou só o admitem em cedas circunstâncias.

A matéria dos recursos é de direito processual. Todavia, ao tempo em que a legislação de direito formal civil pedencia aos Estados Federados, já o Código Civil fixava, no art. 188, o recurso para a instância superior. Não entrou, porém, na determinação de qual fosse a instância, nem do 3uiz competente para conhecer o pedido de suprimento. Pertence isso às leis de organização judiciária, ainda deixadas aos Estados Federados. O casamento do menor para evitar a imposição da pena exclui, só por si, a anulabilidade? Quer dizer: deixa de haver a insuficiência da idade, como, também, a exigência do assentimento dos pais? Ou só se refere a exclusão ao impedimento de idade? 2A segunda solução estabelece duas apreciações, uma pelo juiz que for competente para a aplicação do art. 214 e outra pelo juiz competente para o suprimento do assentimento dos pais? A Justiça tem feito da espécie do art. 214 causa para suprimento (2ª Câmara da Code de Apelação do Distrito Federal, 29 de laneiro de 1917, *RD* 45/595), sem perceber o problema, de valor teórico e prático. Diante da ligação entre o art. 214 e o art. 213, pois que o segundo usa da expressão “entretanto”, havemos de entender que o art. 214 somente apaga a dirimência a que se refere o art. 213, isto é, anulabilidade do casamento da mulher menor de dezesseis anos, ou do homem menor de dezoito anos. Assim, diante da necessidade de ser suprido o assentimento dos pais, a imposição, ou o cumprimento de pena criminal, que se quer evitar com o casamento, pesa, de regra, suficientemente, para que o juiz supra o assentimento dos pais. Mas, devido à solução de só se referir o art. 214 ao que foi tratado no art. 213, é possível negar-se o suprimento, de modo que não existe a dirimência por falta de assentimento. Tudo aconselha a que, somente em casos gravíssimos. que até é difícil serem imaginados, o juiz deixe de considerar razão suficiente o evitamento da imposição da pena ou do cumprimento dela.

Que o art. 214 não dispensa o assentimento do pai, da mãe, do tutor, ou do curador, foi sustentado por nós, com a adesão de Clovis Bevilacqua, Eduardo Espínola e outros. Divergiraifi Cândido de

Oliveira e J. M. Carvalho Santos. Na jurisprudência~ há as duas correntes, com a preponderância daquela que segue a nossa opinião (cedo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de novembro de 1930, RI 76/344; sem razão, o Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 5 de setembro de 1923, RT 41/465).

Diz o art. 185, que há ser lido sob a Constituição de 1988, art. 227, *§* 6ª, que para o casamento dos menores de 21 anos, é mister o consentimento de ambos os pais. E acrescenta o art. 186: "Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo o casal separado, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do côn3uge, com quem estiverem os filhos. Surge a questão de se saber se, tendo o pai assentido, sem ter havido assentimento da mãe, é anulável o casamento. Em suma: o impedimento proibitivo, ou impedimento dirimente, a falta do assentimento da mãe?

A simples leitura dos ads. 183, XI, 185 e 186 mostra que, havendo discordância, prevalece a vontade paterna, ou a do cônjuge com quem estiverem os filhos, se houve anulação do casamento, divórcio ou separação ludicial. Assim, se não houve separação judicial, nem anulação do casamento, nem divórcio, a falta do assentimento da mãe proibe o casamento, porém não no dirime. Se houve separação judicial, ou anulação do casamento, ou divórcio, e o filho não está com a mãe, a falta do assentimento da mãe proibe o casamento, porem nao no dirirne. Se houve separação judicial, ou anulação do casamento, ou divórcio, e o filho está com a mãe, a falta do assentimento dela édirimente, e não só proibitiva. Nesse caso, a falta do assentimento paterno não dirime, só proibe.

"Os psicopatas~ assim declarados por perícia médica processada em forma regular, são absoluta ou relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil." (Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934, art. 26, pri; precisam, se relativamente incapazes, para se casarem, do assentimento do respectivo curador. *Se* não o obtiverem, o casamento é anulável (Código Civil, art. 183, Xl).

Segundo o art. 186, parágrafo único, se os filhos não foram concebidos na constância do casamento, bastará o consentimento do que houver reconhecido o menor, ou, se este não for reconhecido, o consentimento materno O Código Civil não previu a hipótese de terem reconhecido o filho ambos os pais; mas havemos de convir em que, dada a analogia, tudo se deve passar à semelhança do que ocorreria se concebidos na constância do casamento fossem os filhos e vivos os

pais: discordando eles entre si, prevalece a vontade paterna; ou, se o filho se acha com a mãe, porque não vivem juntos os pais, a vontade dessa. Se falta a vontade que devia prevalecer, é anulável, com fundamento no art. 183, XI, o casamento. Tudo se cifra em questão de verificar-se com quem, de direito, ou devido às circunstâncias, sem ilícito, está o filho que se pretende casar.

O assentimento para casamento, quer pada de genitor, quer de tutor, quer de curador, ou de suprimento judicial, deve designar a pessoa com quem se vai casar o nubente. Se, porém, o assentimento foi dado sem designação, a negligência do assentinte não pode prejudicar o matrimônio. Seria contra os princípios de moralidade que um pai, ou mãe, ou tutor, ou curador, que aquiesceu em que se casasse o filho, sem determinar a pessoa com quem se casaria, fosse a juízo pedir a anulação do casamento que se efetuou com o uso de tal documento. Cedamente, os juizes hão de ter todo o cuidado em não permitir que se celebrem núpcias sem assentimento nos devidos termos.

Para que se supra o assentimento, basta que não haja contra-indicação ao casamento. Aliás, há de ser fode a razão para denegar, porquanto o ônus da prova cabe àquele que, tendo de assentir, recusou o assentimento, e seriam insuficientes fatos ou circunstâncias que tornassem duvidosa a conveniência do enlace. Não épreciso que se prove a *injustiça* da denegação (cf. Tribunal da Relação de Minas Gerais, 6 de julho de 1912, *RF* 19/428); o que é preciso é que o pai, a mãe, o tutor, o curador, que não assentiu, prove que o casamento não deve ser realizado. Na dúvida, tem o juiz de propender para o casamento: não só serve à procriação e à função sexual em si mesma, como também a vedação de um matrimônio, quando já assumem o nubente e o seu pai, a sua mãe, o seu tutor, ou o seu curador, atitude perante a Justiça, possui, de regra, conseqUências às vezes graves, quer por sua repercussão psicológica no que queria casar-se, quer por sua repercussão no seio da familia e no público. A lei não miudeou os motivos que se reputam *suficientes* para que a pessoa que tem de assentir negue o assentimento para o casamento. Tampouco se disse na lei quais os motivos tidos como bastantes para que o assentimento se supra. Tudo isso fica à apreciação do juiz, cabendo o ônus da prova àquele que negou o assentimento. A jurisprudência parece, às vezes, dar ao que pretende casar-se o encargo de provar *(e.g.,* Tribunal da Relação de Minas Gerais, 6 de julho de 1912); mas não é isso o que se há de tirar dos princípios: o ônus *da prova cabe a quem* nega *o assentimento.* Não-assentimento sem causa é abuso dos direitos de quem pode ou não assentir. Assim, se o noivo não tem recursos para

sustentar a mulher, é motivo justo para a denegação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de maio de 1920). Só excepcionalmente é justa a denegação quando houve ofensa à honra da mulher que se casa, quer se trate de denegação por parte de quem tem de assentir no casamento do noivo, quer de denegação por parte de quem tem de assentir no casamento da noiva. No caso de ofensa à honra com violência, o ato mesmo do violador fundamenta a denegação, o que só as circunstâncias, devidamente apreciadas pelo juiz, podem invalidar.

O Código Civil dá ao casamento o efeito de tornar capazes os menores. Por outro lado, o casamento do menor de dezesseis anos é anulável, e não nulo; aliás, se nulo fosse, não seria muito diferente a situação. (Vemos, assim, que, pelo casamento, enquanto não se lhe pronuncia a anulação, o menor de dezesseis anos exerce atos como pessoa capaz? O

Tribunal de Justiça de São Paulo (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de fevereiro de 1933, *RT* 89/537) dai tirou a conseqUência de que o menor de dezesseis anos pode propor a ação de anulação do casamento, sem ser preciso qualquer representação. Decretada a anulação, nenhum efeito subsiste, *ex tune.* Todavia, alegando o autor ter menos de dezesseis anos e ser nulo, por essa razão, o casamento, tem de intervir o representante, ou o Ministério Público, ou curador à lide (Código de Processo Civil, art. 99, 1). Veja Tomo 1, *§* 58, 4.

No art. 187, diz o Código Civil: “Até a celebração do matrimônio podem os pais, tutores e curadores retratar o seu consentimento.” Tem-se de saber se, após a entrega do documento em que assente, falecendo o pai, ou a mãe, ou o tutor, ou o curador, que consentiu, é de exigir-se novo assentimento por parte de quem o substituiu no pátrio poder, na tutela, ou na curatela. A verdadeira solução é a que reconhece ao sucessor a faculdade de retratar, porém não exige outro assentimento. A vontade foi expressa e, a despeito da mudança subjetiva, continua, até que se manifeste aquele que passou a ter o direito de retratar.

Se, tendo o pai, a mãe, o tutor, ou o curador, negado assentimento, foi judicialmente suprido, a apresentação de novas razões para denegação pode ser objeto de exame judicial para que se casse o suprimento; mas qualquer promoção nesse sentido não tem efeito suspensivo do suprimento judicial. Nada obsta a que seja de iniciativa daquele que sucedeu ao assentidor no pátrio poder, na tutela, ou na curatela.

O assentimento é dado por escrito. Se não sabe escrever, ou não pode escrever, o pai, a mãe, o tutor, ou o curador, tem de passar procuração por instrumento público, ou prestar o assentimento perante o juiz de casamentos, com as formalidades da instrumentação peculiar aos analfabetos, ou aos que não sabem, ou não podem escrever Discute-se se só aquele a quem foi negado o assentimento para casar pode requerer o suprimento. O Tribunal da Relação de Minas Gerais respondeu afirmativamente (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 22 de julho de 1916, *RF* 26/264).

Invocando o art. 76 do Código Civil, onde se diz que, "para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legitimo interesse econômico, ou moral", o voto vencido, sobposto ao acórdão do Tribunal da Relação de Minas Gerais, com repercussão na doutrina, sustentou que o noivo da menor, ou da curatelada, ou a noiva do menor, ou do curatelado, ou o Ministério Público, ou curador especial, tem legitimação ativa para pedir o suprimento. Que o Ministério Público e o curador especial devem intervir, nenhuma dúvida há. Quanto à pessoa com quem se vai casar aquele que não obteve o assentimento, é cedo que o juiz a deve considerar legitimada quando, na petição, explique satisfatoriamente as razões por que o não faz, diretamente, a noiva ou o noivo. Veja-se o que estatula o Código de Processo Civil de 1939, arts. 625-628. Também há quem exija a assinatura dos noivos na petição de suprimento. Sem qualquer razão, porque só está em causa aquele a quem foi negado o assentimento, e não se justificaria a exigência da assinatura do noivo ou da noiva.

Quando uma das causas da recusa seja a desconfiança nas intenções do outro pretendente, por cedo será útil assinarem os dois. Nunca como requisito essencial.

Ao contrário do que ocorre com outros sistemas jurídicos, nos quais se exige o assentimento dos pais quando o viúvo ou a viúva contrai núpcias, se ainda não completou vinte e um anos (W. Mantey, Das *Eheschliessungsrecht,* 33), solução que a principio se quis fosse introduzida, o direito brasileiro considera maior o que se casa, pelo fato do casamento válido. Enviuvando, não volta àincapacidade. O direito romano, o canônico e o evangélico ligavam a capacidade nupcial à puberdade, fato natural, estabelecendo, porém, data precisa como expediente técnico: doze anos para as mulheres, quatorze anos para os varões. Em 1917, o *Codex Juris* Canonici adotou quatorze anos para as mulheres e dezesseis para os varões (cânon 1.067). Tanto para a Igreja católica quanto para a evangélica o *irnpedimentum aetatis* é *impedimentum* dirimens. No Código Civil alemão, *§* 1.303, as idades

nupciais são dezesseis e vinte e um anos; mas o impedimento é só proibitivo: a infração não impoda invalidade.

4. Impedimento de idade. Diz o art. 183, XII, que não podem casar: "As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito." 1. A regra sofre, desde logo, exceção, imposta pelo art. 214: "Podem, entretanto, casar-se os referidos menores, para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal." Acrescenta o parágrafo único: "Em tal caso, o juiz poderá ordenar a separação de como, até que os cônjuges alcancem a idade legal." (Já assim era no Decreto nº 181, que passou ao Código Civil, através do Projeto de Coelho Rodrigues, ads. 1.860 e 1.861.

Nos primeiros tempos do direito romano, as leis não se preocupavam com fixar-se a idade legal em que o homem e a mulher podiam casar: a determinação do momento da aptidão para o casamento competia ao chefe de família; depois se fixou para a mulher a idade de doze anos, até que Justiniano adotou a opinião dos Proculeianos, marcando os quatorze anos para a puberdade viril: o adolescente que alcançava a puberdade deixava a toga ornada de púrpura (proetexta) e tomava a toga viril inteiramente branca. (Sobre a evolução do consentimento dos *patres Iam ilias,* quanto ao ato das núpcias, cf. E. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains, 1ª* parte, 211.) Em todo o caso, atendia-se sempre ao desenvolvimento físico (E. Schupfer, *La Famiglio* secondo il *Diritto romano,* 1, 42). Já a definição de Ulpiano era assaz expressiva: "lustum matrimonium est si inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium sit, *et tom masculus pubes quam Joernina potens* sit, et utrique consentiant si sui iuris sunt, aut etiam parentes eomm, si in potestate sunt." O direito canônico exigia doze anos para a mulher e quatorze para o homem, mas desde 1917 elevou as idades para quatorze e dezesseis anos. Aliás, modernamente, e antes do direito canônico, alguns Códigos, atendendo àmultiplicidade de encargos que a constituição da família acarreta (e só essa razão seria plausivel), aumentaram a idade de ambos, doutrina preferível à antiga. Quanto à determinação da idade legal, advida-se em que se trata de dezesseis anos completos para a mulher e dezoito completos para o homem. Como proteção ao nascituro, se celebrado o casamento com infração desse impedimento, o Código Civil estatuiu que se não anulará por defeito de idade o matrimônio de que resultou gravidez (art. 215). A *ratia legis* ressalta.

Enquanto não passa em julgado a sentença de anulação, pode a parte ou o defensor do matrimônio pedir o pronunciamento do juiz ou do tribunal sobre a existência do estado gravídico. Se passou em julgado, a despeito dele, só se pode recorrer à ação rescisória, provando-se que existiu antes de passar em julgado a sentença.

A velhice não é impedimento; tampouco, a diferença de idade entre os nubentes. No direito romano, não é verdade que a Lex Papia Poppaea vedasse o casamento dos varões de mais de sessenta anos e das mulheres de mais de cinqUenta. É de crer-se, porém, em posterior proibição. O direito alemão anterior ao Código Civil negava, às vezes, o casamento entre nubentes de idades muito distantes.

O pressuposto para a incidência do art. 214 é haver base para a imposição da pena criminal, ou o cumprimento dela. Se não há qualquer prova de que fosse de esperar-se, ou, pelo menos, provável, a imposição da pena, em vez de valer o casamento do menor, em vidude do art. 214, o que se dá é que a celebração, sob as vistas da polícia, ocorre com restrição à liberdade, dando-se o impedimento dirimente do art. 183, IX. Sem a existência de inquérito, que tenha valor, ou de processo, não cabe qualquer invocação do art. 214 (Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de maio de 1931, *RT*

79/164). Se razão não havia para se temer a imposição da pena, ou o cumprimento dela, não há pensar-se em casamento para se evitar a imposição ou o cumprimento da pena, pois que só se evita o que é cedo ou, pelo menos, provável. Por outro lado, a ofendida não é obrigada a casar-se, nem os seus pais obrigados a assentir no casamento. O consentimento daquela éessencial, como o é o assentimento desses, ou o suprimento judicial do assentimento (Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de outubro de 1931, *RT* 84/463).

Se, encobrindo-se a falta de alguém, a vítima deflorada se casa, com terceiro, coator, com quem continua a viver coagida (Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de dezembro de 1930, *RT* 77/342), ou com terceiro, sendo coator o autor do defloramento, ou outrem, o prazo para a anulação do casamento é contado do dia em que cessa a coação; *e.g,* do dia em que faleceu o autor da coação. Rege-o a *(ex specialis.* Veja Tomo VI, *§§* 706, 5, e 708, 1.

As considerações que ai ficam mostram quanto é de técnica precisa, mas laboriosamente assentada através dos tempos, o regime dos impedimentos dirimentes, e é de toda impodância atender-se à significação e à taxinomia de cada um. A uma e outra prendem-se as suas consequências e a sorte dessas consequências.

Na interpretação do art. 214 deve levar-se em conta a diferença entre o texto do Código Civil e o do direito anterior, que se satisfazia com a declaração de haver mal a reparar. Evitar imposição é evitar que, em processo iniciado, se venha a condenar a pessoa; evitar o cumprimento é evitar que se cumpra a sentença condenatôria. Basta, pois, ter havido acusação, que permita cognição incompleta do fato (1 Turma do Tribunal de Apelação do Pará, 21 de janeiro de 1942, *RTAEP* III, 43; 44 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 21 de janeiro de 1943, *RT* 195/238). Pode-se tratar apenas de rapto consentido *(1ª* Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de agosto de 1951, 1ff 195/238). O

menor de quatorze anos não podia alegar ter de reparar o mal para casar-se, porque o Decreto nº 17.943 A, de 12 de outubro de 1927, art. 68, não o submetia a qualquer processo penal. Não assim o menor entre quatorze e dezoito anos (Decreto n5 17.943 A, art. 69: "O menor indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, que contar mais de quatorze anos e menos de dezoito, será submetido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado físico, mental e moral dele e da situação social, moral e econômica dos pais, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda"; Código Penal, art. 27:

"Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial."). Não se pode dizer, como parece que o fez a 1 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 11 de março de 1952 *(RT* 200/235), ser possível o casamento com invocação do art. 214, qualquer que seja a idade, abaixo dos dezoito anos. Todavia, no art. 215 abstrai-se de qualquer idade: não há nulidade, a despeito de ter havido casamento ainda que antes dos quatorze anos.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, arts. 101, 103-128, rege, hoje, as medidas aplicáveis aos menores de dezoito anos; e não alterou, no que nos interessa, o direito anterior.

Capítulo III

Dirimência relativa por vício de vontade

§ 769. Erro, dolo, violência e simulação

1. *Erro, dolo e violência.* O erro não impede, nem a violência impede; o que eles fazem é *dirimir,* e não *impedir.* O

Código Civil, que se subordinou à terminologia canônica, incluindo as *incapacidades* nos impedimentos, o que também sucedeu com a violência, furtou-se a essa influência no tocante ao erro. Os impedimentos proibitivos só proibem; os impedimentos dirimentes proibem e dirimem; o erro só dirime. O casamento pode ser celebrado com erro, dolo e violência. A lei civil considera impedimento dirimente relativo a violência e dela já tratamos. Quanto ao dolo e ao erro cabem algumas considerações gerais: há *vontade,* mas é *defeituosa.* Quanto àquele, a incidência dos princípios da Parte Geral levaria a admitir-se a anulabilidade em virtude do dolo, que apresentasse os pressupostos do art. 92 e nas hipóteses dos arts. 93-97 do Código Civil. O direito canônico repeliu tal subordinação do casamento à teoria romana dos contratos consensuais. Sacramento, o matrimônio é um bem, raciocinou a Igreja; e, no caso, o pior dos dolos é um *dolus bonus,* pois conduziu a um sacramento. O Panormitano, depois de enunciar que *in spiritualibus* não se atende ao dolo como exceção, "quando fuit inductus ad bonum, quia rxon proprie potest dici dolus", referiu-se ao ingresso na Igreja e ao casamento. *En mariage, trompe qul peut.* Se o dolo está ligado ao erro, esse é que causa a anulabilidade, e não aquele. O

direito canônico contemporâneo insiste na exclusão do dolo como defeito de vontade no casamento.

No direito matrimonial evangélico abriram-se portas à anulabilidade pelo dolo, o que se refletiu no Alígemeines Landrecht prussiano (II, 1, *§§* 39 e 40). O Código Civil alemão *§* 1.334,ainda possuía, antes da Lei do Matrimônio *(Ehegesetz),* o seguinte texto: "Um casamento pode ser impugnado pelo cônjuge que foi induzido a contraí-lo por enganos dolosos (arglistige *Tâuschung)* em circunstâncias tais que ele não o

teria contraido se houvesse sabido da situação e apreciado razoavelmente a natureza do casamento. Não tendo sido dolo exercido pelo outro cônjuge, só éimpugnável o casamento se ele conhecia, ao tempo da celebração, o engano." A alínea 2ª do *§* 1.334 exclui o *error fortunae.* A jurisprudência não considera dolo o ocultamento de doenças, de pederastia, do fato de ter o pai do cônjuge sido preso em virtude de condenação (Reichsgericht, 6 de outubro de 1902, caso de pederastia; 9 de maio de 1912, caso de doença). E preciso ter havido maquinação, como se um dos cônjuges declarou, sem ser verdade, ter mudado de religião (Th. Engelmann, Familienrecht, *J. von Staudingers Kommentar,* IV, 105).

2. *Simulação.* Se bem que haja padidários do principio *Simulatae nuptice nullius momenti sunt,* que vem do direito romano, e segundo o qual o casamento simulado é nulo, o fato mesmo de se exigir que a celebração se efetue perante funcionário do Estado, ou pessoa a ele equiparada, influiu para que se afastasse qualquer indagação de ter sido simulado, ou não, o casamento. Não se compreenderia que se utilizassem de órgão estatal, ou paraestatal, a fim de desenvolverem os aparentes nubentes, com as formalidades, com que a lei mesma acautelou o ato matrimonial, a sua comédia (Josef Kohler, Uber den Willen im Privatrecht, *Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* 28, 167; F. Regelsberger, *Pandekten,* 1, 517).

Além disso, é o funcionário, ou a pessoa autorizada a celebrar o casamento, que aprecia o *consensus* e declara casados os nubentes.

Não seria possível ter-se por nulo o casamento aparente, mesmo porque não houve só o casamento aparente: toda a simulação ficou no foro interior dos que nela tomaram parte, inclusive o próprio celebrante, a quem a lei nunca poderia conceder reserva mental, ou dar possibilidade de praticar atos públicos com simulação. O exemplo clássico é o apresentado por M. Moltini de Mântua: Lombardo, domiciliado em Paris, instituiu herdeira a filha, com a condição de se casar com um Lombardo; após a morte do testador, a filha, noiva de um Parisiense, com quem passou a viver, tratou de casar-se com um velho, já próximo da morte, pobre e doente, a fim de satisfazer a condição testamentária; casando-se, voltou a Paris, para receber a herança. O casamento é válido. O que poderia suceder seria alegar o executor testamentário que a condição não se verificara, devido à simulação: não se trataria de simulação do casamento, mas de simulação do implemento da condição. Questão de direito

testamentário, e não de direito de família. E de estranhar-se que E. Rittner, que tão proficientemente versou o direito matrimonial austríaco, discordasse de M. Moltini (revista *Der Jurist,* 16, 1846, 216; como E. Rittner, *Osterreichisches Eherecht,* 164, também E Thaner, *Simulatae nupticie nuílius momenti sunt,* 7), que considerou válido o casamento.

No direito penal, é crime simular casamento mediante engano de outra pessoa; e a pena, de detenção, de um a três anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave (Código Penal, art. 239). Aí, *não houve* casamento.

3. *Error Jortunae, error quauitatis.* O erro é vício, *e* não, rigorosamente, impedimento. A teoria do erro em matéria de casamento vem do século XII. Graciano apenas amplificou o que estava em Pedro Lombardo, alterando a ordem dos assuntos; porém não é cedo, como por muito tempo se pensou (E. Sehling, *Die Wirkungen der GeschlechtsgemeinschaJt auf die Ehe,* 47, nota 2, sobre Pedro Lombardo, precursor de Graciano; certo, Paul Fournier, Deux controverses sur les origines du décret de Gratien, *Revue d'Histoire et de Littérciture religieuse,* V, 1898, sobre Pedro Lombardo ser posterior a Graciano), que aquele houvesse bebido nesse. Lombardo é posterior a Graciano e ambos, em verdade, deram corpo e coerência ao que vinha sendo construído pelos teólogos do século Xl. Já no direito canônico, o *error fortunoe* ("quando putatur esse dives qui pauper est, vel e converso") não faz anulável o casamento: se A se casa com E crendo-o pobre e E é rico, nenhuma eiva de invalidade resulta, só por isso, ao casamento; outrossim, se o crê rico e ele é pobre.

Quanto ao *errar quauitatis,* Pedro Lombardo dizia: "Error fodunae et qualitatis coniugii consensum non excludit." Para a justificação, Graciano recorria a principios romanos sobre a venda e compra do campo que se cria ubérrimo e é menos fértil; Lombardo apenas exemplificou: "ut si quis ducat uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest earn dimittire". Assim, no direito canônico, que adotou tais soluções, o *errar Jartunce* e o *errar quauitatis* nunca dirimiram os casamentos. Ainda nos casamentos condicionais, em casos de declaração expressa ("excipe casum quo quis expresse intenderet non contrahere si talis qualitas personae insit vel non insit", como diz Cabassut), a cópula *puriJicaua* o casamento, que se fizera condicionalmente sem que se verificasse a

existência da *quauitas.* Veremos, adiante, as exceções que o Código Civil impôs, no art. 219, 1 (honra e boa fama), II (condenação por crime inafiançável antenor ao casamento), III (defeito físico irremediável, moléstia grave e transmissível por contágio ou herança), IV (defloramento da mulher), ao princípio canônico de que o erro sobre a qualidade é *irrelevante.*

A solução que acima firmamos foi reafirmada pela Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, que expressamente estatuiu (art.

12): "Nos casos do art. 219, nº‟ 1 a III, do Código Civil, poderá o cônjuge enganado obstar o registro do casamento religioso, enquanto o mesmo se não tenha efetuado" *(§* 1ª); "No caso do nº IV do art. 219, será de dez dias o prazo para obstar o registro do casamento religioso" *(§* 2ª) Tivemos ensejo de estudar essas regras jurídicas. Hoje, há os ads. 73, *§*

2ª, 74, parágrafo único, e 75 da Lei nº 6.015.

5. *A malícia do* outro cônjuge *não* é pressuposto. Na anulação por erro não causa. Nada irremediável, risco a saúde apura culpa escrita a (Apelação nº sentença do cabe indagar-se da malícia do cônjuge que a ela deu obsta a que ele mesmo ignorasse o defeito físico ou a moléstia grave e transmissível, capaz de pôr em do outro cônjuge, ou de sua descendência. Não se ou má-fé. Assim, desgarrou dos princípios e da lei Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal 7.952, 9 de julho de 1928), quando, confirmando Juízo da 3e Vara Cível (13 de março de 1926), adotou 4. *Pressuposto do erro.* O erro supõe que, no *momento de se casar,* o cônjuge enganado ignore a causa determinante da anulabilidade. ~Momento de casar-se é, aí, o ato do casamento, e não o ato do registro? Se é o momento das declarações dos nubentes e da autoridade celebrante, não pode ser recusada a assinatura do assento. Se é o do ato do assento, ainda depois da declaração do juiz ou autoridade celebrante é possível que o cônjuge se recuse a assinar. Na jurisprudência anterior ao Código Civil, julgados houve que pareciam adotar a primeira solução. Porém sem razão, então e hoje. Se alguém se casa duas vezes e o registro assinado em primeiro lugar foi o do segundo ato, esse casamento é que existe.

Houve, por cedo, delito; mas bigamia só há se os dois se registraram, assinando o cônjuge que duas declarações matrimoniais fez. Por isso mesmo, se, após as palavras finais da autoridade celebrante, vem a

saber que houve erro, pode recusar-se a assinar o assento do casamento aquele que se enganara. o fundamento de ser de exigir-se, na anulação do casamento com base no art. 219, III, a consciência, no cônjuge doente, da moléstia grave e transmissível. O juiz citara trecho de doutrina sobre desquite, incorrendo em imperdoável confusão.

O Tribunal Superior de Justiça de Pernambuco (16 de maio de 1931) disse, ceda vez, que não pode invocar o erro quem nele incorreu por culpa própria, casando-se imprudente e precipitadamente com pessoa cujos antecedentes conhecia, não tendo, tampouco, procurado informação sobre ela. Livremo-nos de receber àrisca tal sugestão, porquanto ou houve erro, ou não houve. Se a negligência foi grave, denunciado está que ao nubente pouco se lhe dava qual fosse o proceder da pessoa com quem se casou, e então erro não houve, Isso nãç quer dizer que, casando-se a súbitas, com pessoa desconhecida, que lhe merecia fé, não pudesse incorrer em engano. Quando alguém se casa, há de ter confiança na pessoa com quem contrai matrimônio e não há nenhum dever legal, que lhe corra, de descer a investigações meticulosas em torno da sua vida.

Se ambos os cônjuges foram enganados, cada um tem a ação que lhe corresponde, e de modo nenhum se pode invocar a regra *Paria delicta mutua com pensatione dissolvuntur.* A anulabilidade por erro exige que se aponte, com precisão, o pressuposto, para que se possa dar a prova, principalmente quando depende de exame ordenado pelo juiz (Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de agosto de 1907, *SRI* 14/413).

§ 770. Casos de anulabilidade por erro

1. *Solução técnica do Código Civil.* Para os efeitos da invalidade, a lei civil equiparou à dirimência relativa o *erro essencial* sobre a pessoa do outro cônjuge e sobre algumas qualidades (ads. 218 e 219). A teoria do erro no matrimônio, pela índole mesma desse contrato, pelos interesses sociais que a ele se ligam, é diferente da teoria do erro nos contratos ordinários. O casamento tem tão alta impodância social, que fora subversivo da ordem permitir-se a sua anulação por qualquer motivo de erro, a não ser quando se trate de ignorância ou engano profundamente grave. Já o Decreto nº 181

explicava o que se devia entender por erro essencial quanto à pessoa

do outro cônjuge; mas a vigente lei civil fez-se, nesse ponto, mais precisa. Os elaboradores da teoria do erro como impedimento matrimonial distinguiam quatro espécies de erro: sobre a pessoa, sobre as qualidades, sobre a foduna e sobre a condição. Os canonistas reduziram-nas posteriormente a duas: erro sobre a pessoa e erro sobre as suas qualidades (Feije, *De Impedimentis,* 75; H. Gerlack, *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts,* 268).

Diz o art. 219:

"Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: 1 - O que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que o seu conhecimento ulterior torne insupodável a vida em comum ao cônjuge enganado. II - A ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória. III - A ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência. IV - O

defioramento da mulher, ignorado pelo marido."

Tem-se de levar em conta na apreciação do erro a pessoa do enganado (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 29 de junho de 1948, *RF* 121/101).

2. *Erro sobre a pessoa e erro sobre algumas qualidades.* A primeira espécie de erro é a de que se fala no art. 219, 1, onde se refere: "O que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que o seu conhecimento ulterior torne insupodável a vida em comum ao cônjuge enganado.~" Já o direito canônico fazia do erro sobre a identidade da pessoa causa de nulidade, e Marcadé *(Explication théorique et pratique du Code Napoléon,* 1, 464) tentou provar que o erro sobre a pessoa só se refere às *qualidades,* pois o erro quanto àidentidade física não seria motivo de nulidade, e sim de inexistência do casamento. O Código Civil volta ao sistema canônico da anulabilidade pelo erro quanto à identidade do cônjuge; e adota, a respeito, a doutrina canônica, *limitativa* quanto aos demais pontos, com o só admitir a anulabilidade em caso de *error qualitatis in personam redundans* (Vering, *Droit canonique,* II, 645).

a) Identidade do outro cônjuge. Era natural que o Código Civil se referisse à anulação por não-identidade de uma das partes, ou de ambas, pois a consideração da pessoa com quem se realiza o casamento é sempre a verdadeira causa desse contrato (E 5. Bianchi, *Corso di Diritto Civile italiano,* V, 250). A identidade pode ser física ou civil. Num e noutro caso

— havendo erro — éanulável o casamento: primeiro, porque a lei civil, cujos autores conheciam a controvérsia sobre esse ponto, não distinguiu entre uma e outra; segundo, porque erro essencial sobre a personalidade civil contém em si, necessariamente, erro quanto à identidade. Mas é preciso que o erro seja de natureza tal que levante essa questão de identidade (E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni,* VII, 19), como, por exemplo, se uma jovem se casa com um indivíduo qualquer, que se diz, e talvez pareça, um grande financeiro, escritor ou jornalista, usando, para isso, de um nome notável e tendo, realmente, contraído o matrimônio sob a falsa personalidade civil, que se escolheu. Disse E. Pacifici-Mazzoni *(Istituzioni,* VII, 18-19): "Quanto all"errore suíla personalitá civile dello sposo, come se un Saverio Prato assumesse il nome e la qualifica dell"immaginario Giorgio Castriota principe di Skanderberg, dei reali d"Albania e dell"Epiro, o dell"esistente Duca di Sermoneta, non insistiamo d"avvantaggio; esso é comunemente considerato come causa di annullamento dei matrimonio; essendo ammesso dagli avversari che in questo caso v"ha consenso, sebbene viziato da errore. Questo errore cade nelia persona; perchê la persona che si sposa non é *civilmente* identica a queila con cui si crede de contrarre matrimonio. II faut, ripeteremo colla Corte di Cassazione di Parigi (4 février 1860, 2, 88) e approveremo col Laurent, ed altri, ii faut que l"erreur pode sur une personnalité complête et soulêve une question d"identité." Em verdade, porém, só o segundo caso é de erro sobre a pessoa, por faltar, no primeiro, o elemento conhecimento daquele com quem pretendeu casar-se o autor da ação. Não se conhece *de uisu,* de nome ou de fama, pessoa imaginária. Faz-se mister, todavia, que tal personalidade civil tenha sido a causa determinante do matrimônio. O

simples fato de mudar de nome não torna anulável o casamento. Admitir erros sobre qualidades ou ligeiros caracteres da personalidade seria dar ganho de causa à teoria amplificadora do *error qualitatis in personam redundans* contra a qual o direito canônico se bateu, e que o Código Civil clarissimamente evitou: trata-se de erro sobre a *identidade,* e não sobre qualidade da pessoa física ou moral. É preciso que o erro consista em se crer a pessoa, com quem se casa o enganado, uma outra com quem o enganado *consentiu* em se casar.

A título de informação histórica e de precisão do que dissemos, é conveniente mostrarmos como se assentou a teoria canônica do erro sobre a identidade da pessoa. Graciano e Pedro Lombardo, recorrendo aos princípios do direito romano sobre a venda e compra, deixaram sem suficient? fundamentação a limitação dos erros sobre a pessoa aos erros sobre a *identidade* da pessoa. Hugutius e Laurentius foram os descobridores de fórmula que pareceu resolver o problema das qualidades ligadas à identidade: só existe erro suscetível de viciar o casamento se o cônjuge enganado — ou, melhor, decepcionado, incurso em erro — *tinha* conhecimento ou idéia da pessoa sob o nome da qual falsamente aparecia o outro cônjuge. Fora daí, o erro é sobre a fortuna ou sobre qualidade, e caberia a regra *Error fortunae et qualitatis coniugii consensum non excludit.* E transcrevamos da Glosa (C. XXIX, qu. 1, *verbis* Quod autem) a noticia da descoberta principiológica: "Et nota quod secundum H (ugutium) et L (aurentium) nunquam erratur in persona, nisi prius habita notitia aliqua de eo, cujus nomine alius se repraesentet. Non errat in persona, sed in fortuna vel qualitate vel nomine". *Notitia,* diz-se. Portanto, não só conhecimento *pessoai;* também o conhecimento *literário,* o saber da existência daquela pessoa com quem se pensa casar, o conhecer *de nome,* ou por ter visto na tela cinematográfica. No mesmo lugar que citamos lê-se, com toda a explicitude: "Aliquem visum vel non visum, tamen aliquo modo sibi cognitum seu fama vel alio modo." Johannes Teutonicus e outros queriam que se não exigisse tal *individuação* da pessoa com quem o enganado pensou casar-se, de modo que não caberia distinguir-se entre a jovem que acreditou casar-se com o Principe de A (ou um *dos* Principes de A) e a que acreditou casar-se com *um* príncipe. O direito canônico resistiu a essa amplificação e perseverou no sentido da solução de Hugutius e Laurentius. Cabassut e o Hostiense foram expressivos. As qualidades supostas hão de ser tais que componham a personalidade de *outra* pessoa, que o cônjuge incurso em erro *conhecesse* de vista, de nome, ou fama, ou por outro modo. Lê-se no Hostiense. *(Summa,* 348): "Dic quod hoc dictum habet locum quando non exprimit unam circumiocutionem per quam habeatur notitia patris et filii per consequens, puta dicit se filium regis vel comitis in genere, vel si specificat, nuíla habetur notitia filii neque patris, vel dicit se divitem cum sit pauper, vel nobilem cum sit rusticus, vel bonum cum sit malus.: talis enim error non impedit matrimonium". Cabassut, que pertenceu ao século XVII *(Theoria et Praxis luris Cononici,* ed. de 1703, 351), foi claro:

"Sunt casus in quibus error qualitatis transit in errorem ipsius personae; quot fit quoties qualitas in qua erratur determinat certam aliquam personam, distinctam ab ea quae praesens est: ut si Titius

contraxit cum filia Johannis, quae falso si dicebat filiam Petri qui est praeses provinciae." Quem se casou em tais situações *casou-se* com aquele com quem pensava casar-se, e não com aquele com quem compareceu à autoridade. Não houve consentimento. Ora, aquele com quem pensou casar-se não tomou parte no ato, de modo que com ele não houve casamento. Houve-o com o que *aparecera como o outro;* mas houve-o defeituosamente, o que, com toda razão, há de fazer *anulável* o casamento. Lê-se na Glosa a C. XXIX, qu. 1, *verbis* Quod autem: "Sed aliqua consentit in aliquem visum vel non visum, tamen aliquo modo sibi cognitum seu fama vel alio modo: si postea per errorem accipiat alium, etiam si ab eo fuerit cognita, reddetur primo, si tamen ilIe in eam consenserit per nuncium vel alio modo. Si vero nuilo modo fuerit sibi cognitus, quamvis per errorem accipiat alium, nunquam reddetur primo, quia inter eam et primum non fuit matrimonium: nam in penitus incognitum nec amorem nec consensum dirigere possumus.

O casamento é anulável por erro, ainda que esteja presente a ele a pessoa com quem o enganado acreditava casar-se, desde que com ela não foi o casamento, e sim com outra. Se o cônjuge acreditava que o outro era filho, e não pessoa de criação daquele de quem dizia descender, e — conforme as circunstâncias pessoais — tal situação faz insuportável a vida em comum, anulável é o casamento; não, porém, se tal insupodabilidade não existe (Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de julho de 1918, *RT* 26/389), ou se não justifica.

b) Honra e boa fama do outro cônjuge. Trata-se, excepcionalmente, de erro sobre qualidade, devendo ser provada a má fama ou a desonra do cônjuge acusado, bem como a ignorância do outro, para que se possa anular o casamento. Convém notar-se, como bem disse Lafaiete Rodrigues Pereira, que, a respeito de erro sobre qualidade da pessoa, a prática "é mui restrita e circunspecta" *(Direitos de Família,* 23). As expressões "honra e boa fama" são limitativas, de modo que as demais qualidades da pessoa (= fora do art. 219, [[-IV) não podem ser tidas como causas de anulação, ainda que o outro cônjuge não as conhecesse. Alguns exemplos trarão mais luz: é anulável o casamento de um homem de boa condição com uma mulher de maus antecedentes, que fossem ignorados por ele na época do casamento, como sejam o meretricio, o comércio ilícito e imoral etc. Também é anulável por erro essencial o matrimônio de uma mulher com um homem que se prove ter sido salteador, membro de quadrilha, explorador de mulheres, falsário etc. Tal anulabilidade requer, porém, dois elementos que a constituam: 1) a prova da desonra ou da má

fama; 2) o engano do cônjuge no momento de contrair as núpcias. Não bastam simples suposições, nem pode ser alegado como erro o mal superveniente, como a entrada do marido em sociedades ilícitas, o crime de lenocínio posterior ao casamento. Não pode, tampouco, ser invocado o vicio ou costume criminoso de que o outro cônjuge tivesse noticia antes de contrair o casamento.

Não só. A nódoa na honra e na boa fama, de que se trata, é qualidade do outro cônjuge, e não a dos pais ou outros parentes dele. Não bastaria ao pedido de anulação ter o cônjuge ignorado que o pai do outro era ladrão condenado pela Justiça, nem que o pai ou o tio dele foi o assassino do seu pai ou do seu marido ou mulher em primeiras núpcias. A honra e a boa fama estão ligadas a atos da vida do cônjuge. Assim, não há erro quanto àhonra e à boa fama se o cônjuge ignorava que o outro era filho natural ou concebido fora do casamento. Tal fato não dependeu dele. As crenças e prát icas religiosas e políticas não constituem, ainda que contrárias às do outro cônjuge, pressupostos de erro sobre a honra e a boa fama. Tampouco, o ser de nacionalidade inimiga. Mas é erro sobre a honra e a boa fama ser espião do inimigo, ainda não tendo a nacionalidade inimiga.

O direito canônico não anuiu, nem anui, em anulabilidade do casamento por erro sobre qualidade, salvo (o que já o desnatura e o faz *error personae) si redundat* in *errorem personae.* O erro sobre a honra e a boa fama, que o Código Civil considera suficiente para o pedido de anulação, é inoperante no sistema canônico. Graciano e Pedro Lombardo já falavam do caso do que se casou, sem saber, com a meretriz, para exemplificar o *error qualitatis,* que não exclui o consenso. O primeiro dizia: “Error qualitatis non excludit similiter consensum: utpote si quis emerit agrum, vel vineam quam putabat esse uberrimam, quamvis iste errare in qualitate rerum, rem minus fertilem emendo, non potest tamen venditionem rescindere. Similiter, qui ducit uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest eam dimittere et aliam ducere.” E Lombardo: “Nec erro qualitatis; ut si quis ducat uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest eam dimittere.” Só há uma exceção: o *error condicionis servilis* (cp. *Corpus luris Canonici,* cânon 1.083). As condescendências com a relevância dos *errares qualitatis* devem-se ao direito matrimonial evangélico. Os que aparecem no Código Civil correspondem a casos que o direito matrimonial evangélico reconheceu (A. von Scheurl, *Das gemeine deu tsche Eherecht,* 142 5.; Código Civil, art. 219, 11-1V).

O

Código Civil alemão, num só artigo (§ 1.333), trata do *errar personae* e dos *errares qualitatis.* Basta que tenha havido erro sobre a pessoa ou sobre "qualidades pessoais" do outro cônjuge (só as próprias!), qualidades que teriam impedido o casamento se o cônjuge em erro as tivesse conhecido. Qualidades do outro cônjuge, e não dos parentes dele.

Assim, não seria suficiente ignorar a pessoa que o cônjuge é filho de um condenado.

O

Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, a 8 de maio de 1894 e a 11 de outubro de 1895, considerou anulável por erro de estado civil o casamento; *e.g.,* se acreditou fosse solteiro o outro cônjuge e verificou ser viúvo, ou se ignorava fosse divorciado o cônjuge. No mesmo sentido decidiu a Corte de Apelação do Distrito Federal, reputando-o suficiente para tornar insuportável a vida em comum (3ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 6 de julho de 1929; 3ª

Câmara Plena, 6 de dezembro de 1929, *RCJB* VI, 266). É preciso receber-se com muito cuidado tal jurisprudência, que, nos termos gerais, com que se apresenta, éerrada. Não há no erro sobre o estado civil erro sobre a *ideri tidade* do outro cônjuge, de modo que se pudesse subsumir no art. 219, 1, P parte; nem, tampouco, sobre sua honra e boa fama, salvo se esse pressuposto se forma por si mesmo, como, tratando-se de cônjuge divorciado, se descobre que o é e fora condenado, no processo da ação de divórcio, como tentador de delito contra o seu cônjuge. Portanto, não basta, para que se invoque o art. 219, 1, 2ª parte; se há crime inafiançável, anterior ao casamento, definitivamente julgado por sentença condenatória, e ligado às causas do estado civil, é a ignorância daquele, e não a desse, que serve de base ao pedido de anulação com citação do art. 219,11; nem seria de pensar-se em apoiar-se a petição no art. 219, III; no art. 219, IV, também não, porque, conforme dissemos, independe do erro sobre o estado civil e do próprio estado de solteiro.

c) Vida em comum insuportável. Em todos os casos, quer de erro sobre a pessoa, quer sobre a honra e a boa fama, tem-se de exigir que o engano seja de tal ordem e gravidade que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge incurso em erro. E o que se dá com o casamento realizado com o falsário, ou com o ladrão,

ou com a pessoa que se dizia o escritor A, sem no ser, e não se daria com o casamento com o bêbedo, o inapto ao trabalho, o mentiroso. A jurisprudência brasileira é propensa a considerar causa eficiente a inversão sexual (Tribunal de Just iça de São Paulo, 12 de maio de 1934). Com razão.

A jurisprudência recente repele o dizer-se solteiro o viúvo, ou vice-versa, como causa de anulabilidade por erro (3ª

Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 12 de dezembro de 1927, *AJ* V, 169), e com razão. Em nenhuma das espécies do art. 219 se poderia subsumir.

Também não basta à anulabilidade por erro o ter suposto o cônjuge que o outro tinha determinada profissão, sem na ter (cf. Corte de Apelação de São Paulo, 7 de agosto de 1934, *RT* 94/527).

Devem os juizes ser rigorosos na apreciação da prova quanto ao erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, quer quanto àidentidade, quer quanto à honra e à boa fama. Na dúvida, o *favor inatrimonii* obriga a que se considere válido o casamento. Porém não só o *favor matrimon ii:* há sempre, nas anulações por erro, imputação de fatos criminais, ou desonrantes, ao outro cônjuge, com o escândalo para as famílias, donde a prudência especial recomendada aos juizes (Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de agosto de 1924; Corte de Apelação de São Paulo, 17 de agosto de 1936).

Na apreciação do erro quanto à honra e à má fama tem-se de levar em conta o nível moral do nubente que diz ter errado (2ª Câmara do Tribunal de Minas Gerais, 4 de agosto de 1947, *RF* 144/439). Alguns julgados têm tido por erro quanto à pessoa (identidade?) o erro sobre comportamento anterior do nubente; outros o negam. A V Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 4 de agosto de 1947 *(RF* 144/439), chegou a dizer que não há erro essencial sobre a vida pregressa indigna do cônjuge. O erro pode dar-se quer quanto à mulher, quer quanto ao homem; *e.g.,* casamento com prostituta, cujo passado se ignorava (4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 8 de março de 1940, *RT*

132/702), casamento com ladrão contumaz (5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de novembro de 1949, 184/ 224), caso que não se confunde com o do art. 219, II, e se subsume no art. 219, 1, 2ª

parte (não o ser jogador, 6ª

Turma, 15 de outubro de 1948, 178/237).

Não se pode dizer, *a priori,* que a ignorância de ser viúvo, e não solteiro, o outro nubente, torne anulável o casamento.

Depende da insuportabilidade da vida em comum (3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de dezembro de 1946, *RT* 166/323); *e.g.,* disse ser solteiro e era viúvo da irmã da nubente, implicando questão de identidade. Não basta para a anulação a ignorância da divergência de crença religiosa (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de janeiro de 1950, *AJ* 95/43, que se refere ao Tribunal de Apelação de São Paulo, de 21 de julho de 1942; 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 17 de setembro de 1948, RT 126/479).

A homossexualidade é causa de anulação por erro, cabendo no art. 219, 1, 2ª ou 3ª parte, ou no mi. 219, III, 1ª parte (4ª

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de maio de 1942, *RT* 151/634; 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de agosto de 1949, *RF* 130/140: “Não há, aliás, necessidade, nem a lei de qualquer modo o impõe, pesquisar, esmiuçar, e muito menos proclamar se a pessoa portadora de tal fama é, ou não, efetivamente um caso de urania, ou de pederastia, qual a intensidade de manifestação desse defeito, se vai ao extremo da sodomia ou equivalentes, ou se se limita a carinhos anormais e manobras diversas com parceiro do mesmo sexo. Desde que fique devidamente provada a prática de atos que, no conceito público razoavelmente admitido, são tidos como indicativos de semelhante defeito, e assim, justificada, pela presunção decorrente, a má fama do seu autor, — tanto basta para que se torne insuportável a vida em comum do cônjuge que os ignora, e, conseqüentemente, fundamentar a ação de nulidade do casamento, nos termos do dispositivo legal invocado.”).

A ignorância de existirem filhos do outro cônjuge pode ser causa de anulabilidade por erro, se torna insuportável a vida em comum (cp. 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de Sào Paulo, 4 de junho de 1948, *RT* 175/648) e se perfaz a figura do art. 219, 1, W parte, ou do art. 219, 1, 2ª e 3ª partes.

O erro sobre a identidade é erro sobre a pessoa, e não sobre a qualidade, como se o nubente usava dois nomes, correspondentes a duas pessoas, uma das quais a verdadeira (H. da C., amante de A, e H. 5., nome com que se casou, cp.

6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1ª de outubro de 1946, *AJ* 81/45). Ignorar que o cônjuge usava outro nome não basta; é preciso que, com o uso do nome com que se casou, haja encoberto a pessoa que realmente era.

A vida posterior, escorreita, do cônjuge que ocultara a vida pregressa, de desonra ou de má fama, não sana a anulabilidade por erro (5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de junho de 1950, *RT* 188/231).

Se o nubente já é casado e o outro nubente o ignora, há erro quanto à honra de tal pessoa, capaz de praticar tal crime; mas em verdade passa à frente da anulabilidade por erro a nulidade por segundo casamento (cf. 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de abril de 1951, *RT* 193/235). A causa de anulabilidade por ignorância da mera desonra ou da má fama pode coexistir com a causa de anulabilidade por anterior defloramento por outrem (cp. 1) Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de outubro de 1945, 162/677).

3. *Ignorância de crime inafiançável.* Diz o art. 219, II, que se considera erro essencial "a ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória". O Decreto nº 181 dizia por outras palavras: "A ignorância de crime inafiançável e não-prescrito, cometido por ele antes do casamento." Tais regras, portanto, se bem que se pareçam, não são idênticas. Aquela lei exigia que não estivesse prescrito o crime; a atual exige que tenha sido julgado, em definitivo, por sentença condenatória, e não faz distinção entre o crime prescrito e o não-prescrito. São elementos para se estabelecer a anulabilidade prevista no mi. 219, II: *a)* ter havido crime do cônjuge, anterior ao casamento; *b)* que esse crime seja inafiançável; *c)* que se tenha condenado definitivamente o criminoso e nubente; *d)* ignorância desse crime, por parte do outro cônjuge, até o momento da celebração do casamento. A lei civil não distingue o caso da sentença ter sido lavrada antes ou depois do casamento. *(a)* Crime anterior ao casamento é o que completou, antes do momento em que o casamento se celebra, os pressupostos de direito penal para a sua definição. A lei penal é que diz se, antes de tal

momento, já ela mesma incidira. Nenhuma questão nasce quanto aos efeitos de direito intertemporal se é nova a figura criminal, ou se a lei penal sobre fiança passou a considerar inafiançável delito que o não era, porque os requisitos hão de estar compostos antes do casamento. Não cabe a discussão sobre saber-se se as leis sobre fiança criminal são de direito material ou de direito formal, pois não está em causa o conceito do crime ao tempo da propositura da ação, e sim o conceito dele ao tempo em que se realizou o casamento. *(b)* A inafiançabilidade há de ser verificada ao tempo do casamento, uma vez que o crime tem de ser anterior a ele. Se lei nova, antes do casamento, tornou afiançável delito que o não era, não pode o cônjuge incurso em erro invocar o art. 219, II. *tQuid iuris,* se a lei nova é posterior ao casamento? Se tal lei considerou inafiançável delito que o não era, nenhum são os seus efeitos sobre o matrimônio: válido foi feito e válido fica. Se a lei considerou afiançável o delito que era inafiançável, não cabe invo -

car-se o princípio de que a lei penal retroage quando beneficia o réu: não se trata de lei penal, trata-se de lei civil, e o conceito de direito penal apenas constituiu pressuposto para a definição de um dos elementos para a composição da figura de *error qualitatis,* prevista no art. 219, II. (e) Crime definitivamente julgado por sentença condenatória é o crime pelo qual foi condenado o cônjuge por sentença passada em julgado. O delito há de ser anterior ao casamento; não se exige o mesmo ao trânsito em julgado, nem, tampouco, à sentença condenatória, ou ao próprio processo. É anulável o casamento daquele que, tendo praticado crime inafiançável, antes do casamento, foi, depois do casamento, processado e julgado por sentença condenatória com força de *res iudicata.* Pode acontecer que, depois de proposta a ação de anulação do casamento, se julgue procedente pedido de revisão criminal. Enquanto não passa em julgado a sentença que pronuncie a anulação do casamento, o réu tem oportunidade para juntar aos autos a sentença proferida na revisão criminal, devendo o juiz ou o tribunal atender, na forma mais própria segundo a lei processual, a que a prestação jurisdicional, no sentido da anulação do casamento, já não pode ser entregue. Se, ao ser proferida a sentença da revisão criminal, já passara em julgado a que se proferira na anulação do casamento, somente por meio de ação rescisória da sentença anulatória do casamento é possível evitar-se a discordância fundamental entre os dois julgados. A sentença de revisão a que nos referimos pode ser absolutória, ou simplesmente desclassificadora do delito. Desde que o considerou afiançável, em vez de inafiançável, atingiu a causa da anulação do casamento. Cumpre ainda levar-se em conta que a

revisão, sem absolver, nem desclassificar o delito, pode assentar que ele foi praticado, não antes do casamento, mas depois, e nesse caso as conseqUências são as mesmas, pois que a lei civil exige a anterioridade. *(d)* O outro cônjuge tem de ignorar o delito. Se conheceu ou teve noticia de um crime que era inafiançável, não está satisfeito o requisito da ignorância. É escusado dizer-se que o erro de direito não basta.

4. *Defeito físico irremediável* e *moléstia grave e transmissível.* Diz o art. 219, III, que se considera erro essencial "a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moles-tia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência". O Decreto nº 181 estatula diferentemente: "A ignorância de defeito físico irremediável, como a impotência, e qualquer moléstia incurável ou transmissível por contágio ou herança." Embora mais restrita, pois que exige a possibilidade de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência, pode-se dizer que a nova lei pouco alterou: o Código Civil não exige que a moléstia seja incurável. Para melhor análise, devemos decompor o dispositivo, que contém em si, sem dúvida, dois casos distintos de ignorância: *a)* ignorância de defeito físico irremediável; *b)* ignorância de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

a) Defeito físico irremediável. No primeiro caso do art. 219, III, estão incluidas a impotência, as deformidades etc.; mas tais defeitos devem ter, para o efeito da anulação do casamento, o caráter de *irremediáveis,* além de ser preciso que o outro cônjuge prove a *ignorância* de qualquer desses defeitos, *anterior ao casamento.* No direito romano, os *castrati* não podiam casar, embora o pudessem os eunucos e estéreis, *spadones* (P. Namur, *Cours d'Institutes,* II, 88). Mais tarde, os canonistas exigiram dois pressupostos para que a impotência fosse impedimento matrimonial: ser antecedente, e não conseqUente; perpétua, e não temporária. Distinguiam, porém, dois casos: a impotência com respeito a quem quer que seja; e a relativa a certas pessoas. No último caso, o impotente, dissolvido o casamento, podia passar a novas núpcias (Marnoco e Sousa, *Impedimentos do casamento,* 167). A lei brasileira limita a um só o caso da impotência como impedimento matrimonial: se for irremediável. Convém advertir-se em que a impotência que pode ser alegada, hoje em dia, para anulação de casamento, como moléstia *incurável,* é apenas a impotência *coeundi,* ou

instrumental, e não a impotência *generandi* ou *concipiendi.* São exemplos de impotência *coeundi* no homem: o absoluto infantilismo; as deformações do pênis incuráveis; na mulher, a interceptação da vagina, quando irremediável.

O

defeito físico irremediável é o que repugna ao outro cônjuge, o que escandaliza, ou o que obsta aos fins do casamento; não só esse, como erradamente (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de outubro de 1918) já se supôs. O

principal é a impotência.

O exame pericial para a verificação do defeito físico irremediável, ou da moléstia grave e transmissível, bem como do def loramento, é direito do cônjuge que pede a anulação por erro (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 24 de novembro de 1925). Se pode ser constrangido a isso o examinando, responde o direito processual, e o problema, que é de extrema delicadeza, não pode ser levantado apenas no terreno do direito de família.

A evolução da doutrina é acidentada, no tocante à impotência. O Imperador Leão, o filósofo, discutiu a questão da nulidade do casamento dos eunucos e resolveu-a no sentido da afirmativa. O divórcio fundado na impotência só foi regulamentado quando se exigiram causas precisas ao repúdio: era de mister terem decorrido dois anos sem que o marido pudesse ter relações sexuais, como se lê em Constituição de Justiniano. O direito canônico reconhece a dirimência *à impossibilitas coeundi,* mas em verdade tal impedimento só se admitiu plenamente depois de se haver excluído como causa de divórcio. Deve-se à Igreja católica a simetria, nesse ponto, entre marido e mulher. Em *Poenitentiale Theodori,* do século VII, encontra-se a regra: “Si vir et mulier coniunxerint se in matrimonio et postea dixerit mulher de viro non posse nubere cum ea, si quis potere probare quod vemm sit, accipiat alium.” Interpretou-se que seria possível o próprio divórcio, se manifestada depois do casamento a impotência. Quando se fixou o princípio da indissolubilidade do vinculo, grande foi a dificuldade na conciliação *(e.g.,* Hincmar de Reims), se manifestada antes da cópula. Com o triunfo da doutrina da Igreja galicana, que considerou sacramento o casamento e existente desde a troca das palavras, ou a impotência seria causa de nulidade (incapacidade de contratar, da parte do impotente), ou ter-se-ia de

excluir a plena validade do casamento. Pedro Lombardo atenuou a primeira solução, procurando o meio-termo da teoria do erro: se o outro cônjuge conhecia, válido seria o casamento; se não conhecia, anulável, à semelhança do que ocorria com o *error condicionis.* A Igreja romana começou por sustentar a segunda solução: vivessem os casados como irmãos e irmãs, sugeriam os textos das Decretais. O Papado aludia à divergência das Igrejas, tendo preponderado a solução galicana, com o argumento humano do ódio que nasceria entre os cônjuges, um dos quais impotente. Reconheceu-se ao marido o direito de alegar a própria impotência e nem sequer se seguiram as pegadas de Pedro Lombardo. Tratava-se, portanto, de incapacidade: devia existir a impotência ao tempo da troca das palavras, e não bastaria a superveniente. A dificuldade apareceu quando se discutiu a validade do casamento dos velhos, e os doutores recorreram ao argumento de que já não se tratava de impotência, e sim de velhice, tanto mais quanto, diziam a Glosa, Inocêncio IV e o Panormitano, os artifícios e a medicina dão ereção aos velhos.

O

direito evangélico seguiu solução semelhante à de Pedro Lombardo e influiu no *Allgemeines Landrecht* prussiano (II, 1, §40), no Código Civil saxônico (§ 1.626) e no Código Civil alemão (§ 1.333 na redação anterior à Lei nº 16, de 20

de fevereiro de 1946, § 79). O *Corpus luris Canonici,* cânon 1.068, considerou o *impedimentum impotentiae* dirimente e indispensável. Disse o Código Civil italiano, art. 123, 1ª alínea, anteriormente à lei sobre a reforma do direito de família:

“L‟impotenza perpetua, cosi assoluta come relativa, quando é anteriore aI matrimonio, puó essere proposta come causa di nullitâ dall‟uno e dall‟altro coniuge.”

O Código Civil não adotou a solução galicana, nem a romana: tomou a estrada próxima à de Pedro Lombardo, o meio-termo. É a teoria do erro sobre qualidade em matéria de *impossibilitas coeundi.* Dizia Pedro Lombardo (Sent., IV, D.

XXXIV, A): “Personae ad contrahendum matrimonium. quaedam sunt plene legitimae, quaedam omnimo illigitimae, quaedam mediae. Mediae vero sunt nec plene legitimae nec omnino illegitime per

frigiditatem, per conditionem. Si enim iunguntur *ignoran ter,* commanere possunt, quibusdam accedentibus causis et eisdem deficientibus, dividi". A impotência da mulher ou é devida à obstrução, ou àinaptidão ao ato sexual *(clausura, arctatio).* As Decretais dos séculos XII e XIII já se referiam à mulher, o que não fizera o Decreto de Graciano. A *arctatio mulieris* podia ser relativa, quer dizer, em relação ao marido. O Hostiense vacilava; não assim Durante, quanto à anulabilidade, desde que irremediável.

O caso típico era o da mulher que não podia suportar o coito a não ser com varão de pênis exíguo, uma vez que fosse grave operá-la. No Código Civil, a *clausura* e a *arctatio,* desde que manifestas e irremediáveis, podem ser invocadas como causa de anulação pelo cônjuge que o ignorava. Desde que, para se obterem as relações sexuais, seja preciso recorrer-se à cirurgia, com risco de vida, está satisfeito o requisito da irremediabilidade. E a lição canônica (C., VI, *De frigidis,* IV, 15: "Impedimentum illud non erat perpetuum quod praeter divinum miraculum, per opus humanum absque corporali periculo potuit removeri. Per hanc autem quaestionem ilíam noveris esse solutam, quae quaeritur utrum ea, quae adeo arcta est ut nulli possit carnaliter commisceri, nisi per incisionem aut alio sibi modo violentia inferatur, non solummodo levis sed forte tam gravis ut ex ea mortis periculum timeatur, ad matrimonium contrahendum debeat idonea reputari.").

A esterilidade não é causa de anulabilidade. Aliás, já essa era a doutrina da Igreja. O casamento tem dois fins: a *procria ção* e a *cápula.* ~Por que se haveria de anular o matrimônio se um dos fins foi atingido? Na Sum *ma* de Gofredo de Trano, que foi do século XIII, está escrito: "Nam quamvis in matrimonio talium utraque causa matrimonii locum non habeat, sufficit tamen alteram non deesse." *Sterilitas matrimonium nec dirimit nec impedit.* É o que se lê no cânon 1.068, § 3, do *Codex luris Canonici.*

O

direito canônico distinguiu a impotência do *naturaliter friqidus* e a do *quasi naturaliter frigidus,* aquela devido a defeito ou atrofia dos órgãos genitais, e essa acidental. Era de exigir-se a irremediabilidade. A frigidez acidental, por doença e não por malefício violento, era dita *oculta.* No Código Civil, é sem valor prático a distinção: só se exige que seja" defeito físico irremediável" (natural ou acidental, ainda que oriundo de doença, caso em que a doença pode ser remediável sem o ser a impotência, ou ambas serem irremediáveis). A dicotomia mais

usada é a que separa a impotência instrumental e a funcional ou fisiolôgica. Ambas fazem anulável por erro o casamento, quando irremediáveis.

Quanto à prova da impotência e da sua irremediabilidade, ématéria de fato, que o direito civil deixa à ciência. Não há o tempo de dois anos, depois estendido a três anos, que o direito romano considerava índice de irremediabilidade, nem se admitem os meios de prova dos séculos VIII e IX *(iudicia Dei, iudicium ferri aut aquae,* juramentos). A perícia, nesse assunto, vem do século XII e talvez, mais precisamente, de Decretal de Gregório VIII (1187), e assim se estabeleceu a verificação *per aspectum corporis,* mas ainda como testemunhas, e não como peritos nomeados ou louvados, os verificadores. A perícia propriamente dita é do século XIII (Decretal de Inocêncio III, em 1216), ordenável de ofício. É

do Panormitano: "Iudex ex officio suo potest, allegato impedimento, facere impeditam et impotentem inspici." A sentença que anula um casamento por impotência do homem ou da mulher não faz coisa julgada para a ação que contra ele ou contra ela se proponha para anulação de outro casamento que haja contraído. Da sentença não deriva, sequer, impedimento proibitivo, como firmou o direito canônico; nem, tampouco, dirimente, como pareceu querer o Hostiense.

b) Moléstia grave. No segundo caso do art. 219, III, estão implícitos o câncer, a tísica pulmonar, a lepra etc.; mas cumpre notar-se que o mal deve ser de índole que ponha em risco, quando contraído por contágio, ou recebido hereditariamente, a saúde do outro cônjuge, ou dos descendentes. Também, nessa circunstância deve o cônjuge provar a sua ignorância anterior à data do casamento. Quanto ao critério da apreciação médica, em se tratando de defeito físico, determina a lei que seja incurável, ou irremediável, para se poder admitir a anulação do casamento; e, em se tratando de moléstia, que seja grave e transmissível. Tais são os *impedimenta erroris.* A 3ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, confirmando sentença do Juizo da 3ª Vara Civil, entendeu que a blenorragia, ordinariamente, não é moléstia grave e só excepcionalmente pode pôr em risco a saúde (9 de julho de 1928). O Tribunal de Justiça de São Paulo, a 21

de maio de

1930, considerou moléstia grave e transmissível, capaz de pôr em

risco a saúde do outro cônjuge, a sífilis *(RT* 74/331).

Já o dissera antes do Código Civil (12 de março de 1915, 13/154). A epilepsia foi tida como grave e transmissível à descendência, permitindo-se o pedido (Supremo Tribunal Federal, 4 de maio de 1901). Também se considera moléstia grave a tuberculose (Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de novembro de 1939, *RT* 82/124). A incurabilidade e a gravidade dos defeitos físicos e das moléstias dependem muito dos recursos científicos. Dessarte pode hoje um defeito irremediável ser impedimento, e, tornando-se remediável, deixar de ser obstáculo ou causa de anulação de matrimônio.

Questão surge: se, após o casamento, o cônjuge doente se curou, tpode ser ainda anulado o casamento por ter sido a moléstia grave e transmissível? Não, dir-se-á: a lei só considera impedimento a que põe em risco de saúde o outro cônjuge e a descendência. Se já se transmitiu a moléstia, nada mais há a tentar, senão a cura se não se contagiou, nem passou a descendentes, seria imprudente querer-se efeito de causa que se acabou. Todavia, diante da letra do Código Civil, persiste anulável o casamento, e nesse caso o melhor critério é o do outro cônjuge. No caso de transmissão de moléstia ao outro cônjuge, é preciso que o autor da ação de anulação prove tê-la o marido, ou a mulher, ou ter provindo dele, ou dela (3ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 2 de junho de 1927, *RT* 85/202/203).

A tuberculose não é considerada, pelos sistemas jurídicos, como impedimento de interesse público. Seria o caso de dar-se-lhe o mesmo tratamento que o direito sueco e o finlandês deram àepilepsia. Indiscutivelmente, *de lege ferenda,* seria esse o caminho apontado pela eugênica. Em todo o caso, no direito brasileiro, quando ignorada pelo outro cônjuge, constitui pressuposto suficiente para a anulação do casamento por motivo de erro, uma vez que é uma das moléstias transmissíveis, suscetíveis de pôr em perigo a vida do outro cônjuge ou da descendência. A solução técnica do direito brasileiro corresponde à melhor orientação, porque se contenta com um simples erro por parte do cônjuge não-tuberculoso (F. K. Neubecker, *Die Tuberculose nach ihren juristischen Beziehungen in rechtsvergleichenden Darstellung,* 30 s.).

Capitulo IV

Impedimentos proibitivos

§ 771. Impedimentos proibitivos

1. *Dirimência e impediência.* Além dos impedimentos dirimentes que invalidam o matrimônio, há os proibitivos ou impedientes, que se opõem à celebração; mas, uma vez contraído o casamento nenhum efeito possuem quanto à sua validade. As consequências da infração resumem-se em penalidades impostas ao presidente do ato, ao oficial do registro e à parte, e em certos efeitos relativos ao regime de bens.

Os canonistas enumeravam três impedimentos impedientes, além do caso de proibição da autoridade eclesiástica competente, para não se celebrar o casamento antes da solução de dificuldades existentes; e eram os seguintes: 1) *ternpus,* isto é, proibição de celebrarem-se as núpcias desde o advento até a Epifania, e da quarta-feira de cinzas até a oitava da Páscoa; 2) *sponsalia,* os esponsais válidos com outrem; 3) *votum,* voto simples de castidade. Alguns canonistas ainda enumeravam outros (casamento de católico com herege, falta de assentimento dos pais etc.).

2. *Direito* canônico. O direito canônico clássico não possuía lista fixa dos impedimentos proibitivos, não só porque se dava discussão sobre alguns, como porque impedimentos havia sobre os quais ainda se não firmara a doutrina acerca da dirimência ou da simples proibitividade

O

Codex luris Canonici determinou o número exato dos que manteve, pondo termo às disputas: o voto simples, a adoção quando a legislação estatal que a rege lhe atribua tal efeito e o impedimento de religião mista. São votos simples: o de virgindade, o de perfeita castidade, o de celibato, o de receber ordens sacras (no qual se incluiu, na Igreja latina, o de continência) e o de contrair o estado religioso (cânon 1.058). Os ordinários, que infringem a proibição, são punidos com excomunhão; os religiosos, com a exclusão *ipso facto,* além de

incorrerem em *irregularitos ex delicto.* O *Codex* conservou o *interdicturn Ecclesicie,* de que, em caso particular, pode usar o bispo, enquanto persista a justa causa. Só a Santa Sé pode acrescentar a cláusula irritante (cânon 1.039).

3. *Proibições fora do direito de familia.* A proibição do casamento aos que serviam nas forças armadas, quer em serviço obrigatório, quer voluntariamente, foi mera vedação disciplinar (Superior Tribunal de Justiça do Amazonas, 16 de outubro de 1915, *RD* 45/202), sem conseqUências de dirimência, ou de impediência. Dá-se o mesmo quanto às outras regras, que obstem, ou façam dependente de permissão, o casamento de qualquer funcionário. Isso não impede que a lei pessoal do nubente qualifique diferentemente a proibição, com as consequencias da dirimência, ou, tão-só, da impediência.

Os ministros das confissões religiosas também podem celebrar casamento, e os impedimentos são sempre os das leis civis, porém nenhum delito cometem se se recusam a celebrar núpcias nos casos em que a lei confessional lhes ordena a recusa. Ou a lei, aí, opera como regra de competência, e nenhuma autoridade tem o direito, ou a faculdade, de praticar atos para os quais não é competente; ou se trata de impedimento proibitivo ou dirimente da lei confessional, e não há negar a impediência geral, equivalente à incompetência. O que não pode o ministro da confissão religiosa é desconhecer os impedimentos da lei civil; os impedimentos da lei confessional são regras suas. Não é ele funcionário do Estado, e sim ministro da confissão religiosa, a que tem de obedecer.

§ 772. Enumeração dos impedimentos proibitivos

1. *O art. 183, XIII-X VI, do Código Civil.* No Código Civil, eram quatro os impedimentos proibitivos ou impedientes, aos quais lei posterior juntou um quinto. Assim, não podem casar as pessoas de que fala o art. 183, XIII-XVI.

2. *Viuvez com prole e* sucessão, *a)* O viúvo ou a viúva que tiver filhos do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 225) e der partilha aos herdeiros. O art. 183, XIII, é

especialização da lei brasileira, provinda do Decreto nº 181. A sanção dos arts. 183, XIII (impediência), e 226 cabe, ainda que tenha sido feito o inventário. Se há filho menor do cônjuge falecido e do sobrevivente, é preciso (Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª de agosto de 1931) que se tenha concluído a partilha e passado em julgado a sentença, com as devidas formalidades exigidas pela lei para que se haja "dado" a partilha (art. 183, XIII, *verbis* "der partilha aos herdeiros").

3. *Casamento anterior inválido. b)* A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se, antes de findo esse prazo, der à luz algum filho. O intuito do impedimento do art. 183, XIV, é o de se evitar a confusão quanto à paternidade. Por isso foi fixado o prazo em trezentos dias, para que somente depois dele possa ser celebrado novo casamento. Dizemos trezentos dias porque, perante a lei, os dez meses são os que se exigem no art. 338, II. No direito romano, a principio, era de dez meses o prazo; no Baixo-Império, aumentou-se para doze meses. A referência ao casamento nulo mostra que, na sistemática do Código Civil, de acordo, aliás, com a tradição e a boa doutrina, a invalidade precisa ser decretada.

Fala-se em casamento que se "desfez": só se desfaz o que estava feito. Temos, aí, evidentemente, um dos efeitos do casamento nulo, se bem que, na redação condenável do art. 207, se diga que o casamento nulo e""de nenhum efeito". O

prazo só se conta da decretação da invalidade; se houve separação de corpos, desde a decretação efetivada dessa. A Lei nº 810, de 6 de setembro de 1949, art. 2ª, não é invocável.

A proibição do art. 183, XIV, provém, em linhas gerais, do direito romano. Em *Poenitentiale Theodori* reproduzem-se as regras romanas (II, 12, § 9: "Muliere modua, licet viro post mensem alteram suspicere; mortuo viro, licet mulieri post annum alterum tollere virum"). Mas caíram em desuso antes do século IX, pois o Concilio de Paris de 829 alude a texto de 818-819, no qual *se veda* o casamento da mulher antes de trinta dias contados da morte do marido, punindo-se com multa o que com ela se casar antes de expirar tal prazo. Quando renasceram os estudos de direito romano, a proibição renasceu, se é que se pode dizer que desaparecera, pois que se encontrava na *Lex*

Romana Utinensis, na *Lex Romana Canonice Compta,* na Collectio *Anselmo dedicata* e nas *Novelas* de Juliano, segundo extratos de que deu noticia Yves de Chadres. Em todo o caso, se texto atribuído ao Concilio de Worms parece reintroduzi-la, Graciano contra o preceito romano se pronunciou, Rufino e Etienne de Trounay mostraram a vacilação da doutrina e Alexandre III condenou, firmado em palavras de São Paulo, o renascimento do preceito romano, considerando revogada a pena de infâmia.

A Igreja evangélica recebeu o direito romano; e as leis estatais deram valor aos argumentos a favor do impedimento, fundados na necessidade de se evitar a *turbatio sanquinis.* Cumpre notar-se que já se não pode pensar em vedação do casamento *intra tem pus* luctus, como seria a regra católica do século IX, relativa assim ao homem como à mulher. O

fundamento romano e contemporâneo não tem caráter de piedade, mas, tão-só, de medida acauteladora da certeza em matéria de estado civil, razão por que o homem, morta a mulher, pode casar-se imediatamente. Não há qualquer proibição de matrimônio *intra tem pus luctus.*

A técnica legislativa a respeito do tempo nem sempre foi aceitável e denunciava insuficiente meditação do problema: o Alígemeines Landrecht prussiano fixava o prazo de nove meses para as viúvas e as divorciadas em culpa (mas seis semanas ao homem, o que denunciava a antiga confusão entre o impedimento baseado no luto e o oriundo da necessidade de se evitar a *turbatio sanguinis);* o Código Civil saxônico, um ano à viúva, seis meses ao viúvo e nove meses à divorciada; o Código Civil austríaco, § 120, seis meses. Hoje, os dez meses ou trezentos dias constituem a regra: Código Civil francês, art. 228; suíço, art. 103 (300 dias); Lei sueca de 1915, art. II, § li; Lei norueguesa de 1918, §

10; Lei dinamarquesa de 1922, § 16.

O

princípio do art. 183, XIV, só se refere ao *casamento nulo,* ao *casamento anulado,* à *viuvez,* e não ao *casamento inexistente.* Nada obsta a que a mulher, casada no religioso, sem efeitos civis, morto o marido, ou nulo pela Igreja o matrimônio, contraia núpcias civis antes dos dez meses da viuvez, ou da nulidade eclesiástica, ou, ainda, na vigência do casamento religioso. Não seria de admitir-se o propósito legal de se

evitar a *turbatio sa* ngu i n is em casos de matrimônio juridicamente inexistente para o Estado. A lei estende a vedação em se tratando de casamento nulo, porque, quanto a esse, só a decretação de nulidade lhe tira a existência. Além disso, tem ele outros efeitos, como a prestação de alimentos, e, quando de boa-fé, todos os outros efeitos do casamento válido. Justo era, portanto, que se impedissem tais uniões, de que poderiam resultar dúvidas sobre a filiação *(generationis incertitudo)*.

4. *Tutor curador e parentes. c)* O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento. Evita-se, com a regra do art. 183, XV, que o tutor ou curador exerça coação, ainda moral, sobre a pessoa sob seu poder e que pretenda, com o casamento, ocultar a dilapidação da fortuna cuja gestão lhe tenha sido entregue.

No direito romano, o autor ou seu filho não podia casar com a pupila; mas só se proibia o casamento ao curador e a seu filho se a curatelada era menor de vinte e cinco anos.

O

Código Civil brasileiro, conquanto estenda a vedação aos descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos do tutor ou curador, abre duas exceções: 1) a cessação da tutela ou curatela, já se tendo saldado as contas; 2) a permissão paterna, ou materna, manifestada em escrito autêntico, ou em testamento. E preciso que valha, ainda que como instrumento autêntico, se bem que não como testamento, a parte do testamento em que vem a permissão.

5. *Juiz, escrivão* e *parentes. d)* O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfã ou viúva da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior. Já o direito romano proibia aos funcionários de uma Província e aos seus filhos o casamento com mulher aí domiciliada. A infração implicava nulidade.

Nas Ordenações Filipinas havia regras relativas ao casamento dos juizes temporários, durante a magistratura, com mulheres naturais ou domiciliadas no território da sua jurisdição. Daí não decorria nulidade do casamento: suspensos ficavam, ipso facto, os juizes, e nulos os atos judiciais que praticassem depois do casamento. Já em seu tempo, Meio Freire considerava em desuso tais preceitos *(Institutiones,* III, 115). Correia Teles *(Digesto Português,* nova ed., II, 50) entendia só se aplicarem quando em causa órfãs ou viúvas. Havia, além disso, a dispensabilidade por vontade régia.

O

Código Civil, art. 183, XVI, incluiu descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados e sobrinhos, admitiu a licença da autoridade judiciária superion quer dizer, da autoridade acima do juiz perante o qual se processa a habilitação para o casamento, e equiparou o escrivão ao juiz A proibição já se restringe ao casamento com órfã ou viúva de modo que, se não é órfã a menor, quer de pai, quer de mãe, o casamento não é vedado.

Resta saber-se se, estando vivos os pais, mas sujeita à tutela a menos nos casos em que os pais não têm o pátrio poder, cabe o impedimento do art. 183, XVI. A letra da lei parece restringir a incidência da regra à menor que perdeu um dos pais, pelo menos. Não se compreenderia, porém, que um juiz ou um escrivão não estivesse impedido de casar com a menor sujeita à tutela, dentro da jurisdição territorial onde um ou outro tem exercício, O impedimento impediente existe, com as suas consequências legais.

O

juiz a que se refere o art. 183, XVI, é o juiz da primeira instância, e não o juiz da segunda, se pertencente a tribunal.

Portanto, o impedimento só é relativo aos juizes singulares.

O

Projeto primitivo não incluia esse impedimento, que foi introduzido, logo em 1900, pela Comissão Revisora, que usou do termo geral "órfão", sem que o emendasse posteriormente. A única alteração consistiu em substituir "salvo licença especial do presidente do

tribunal de apelação do respectivo distrito" por "salvo licença especial da autoridade judiciária superior". Pode, como se conclui, o juiz de direito conceder a licença se no Estado Federado, em que se der o caso, for o juiz municipal ou substituto, ou o pretor, o presidente da celebração dos casamentos.

6. *Casamento* religioso ainda *não-inscrito, e)* O que já se acha casado perante ministro de confissão religiosa, se ainda não-inscrito o casamento. Tal impedimento proibitivo emanou da Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, que, no art. 92, estatuiu: "Incorre nas penas do art. 283 da Consolidação das Leis penais quem contrair novo casamento, civil ou religioso, com efeitos civis, depois de celebrado casamento religioso, na conformidade desta lei, ainda que este se não ache inscrito no registro civil." (Depois, art. 231 do Código Penal.)

Não se formulou regra explícita sobre impedjéncia; porém não se compreenderia que a autoridade estatal, ou o ministro da confissáo religiosa, ou o oficial do registro civil, se acumpliciassem com a pessoa já casada no religioso, para que essa contraísse casamento que constituía, para o direito penal, ato delituoso, O que se não podia extrair do art. 92 da Lei nº 379 era o impedimento dirimente, uma vez que a sanção de nulidade depende de lei explícita. Não cabe o mesmo raciocínio quanto à simples impediência. Se já foi inscrito o casamento religioso, estabelece-se a dirimência. Quando simplesmente anotada a inscrição, se vier a ser ordenada, dirimido está o casamento que se efetuou após a anotação.

Na Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 75, diz-se que „o registro produzirá os efeitos jurídicos a contar da celebração do casamento". O prazo para a inscrição é de tinta dias (Lei nº 6.015, art. 73, pr.). Sob o regime anterior da Lei fl2 1.110, de 23 de maio de 1950, se a habilitação era posterior, a inscrição era eficácia mandamental da decisão do juiz, segundo o art. nº (decisão mandamental, com eficácia imediata declaratória); *ali ter,* na sistemática da Lei nº 6.015, art. 74, parágrafo único. A impediência é, *temporária,* dependente do registro (adiante, § 773, 1).

Capítulo V

Atos preparatórios do casamento

§ 773. Período preparatório

1. *Prepara* ção do casamento, O período de preparação do casamento vai da habilitação à celebração, exclusive. Porém a celebração mesma não torna *existente* o casamento: a situação é semelhante à de quem adquire, por escritura pública, uma casa, e não a faz registrar no registro de imóveis; outro, que a adquiriu antes ao mesmo tempo, ou depois, pode registrar a sua, e o direito real daquele adquirente *nunca terá sido.*

A existência civil de um casamento depende da inscrição, se bem que, por força da natureza do ato, sejam retroativos os efeitos do registro, matéria que terá de ser examinada, com vagar, mais adiante. A Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, art. 9º, só conferia efeito de impedjência ao casamento religioso não-inscrito no registro civil, o que mostra não se considerar existente o casamento religioso não-inscrito: se se considerasse tal, o efeito seria de dirimência. A anterior Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950, a exemplo da atual Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 75, apenas trouxe referência aos efeitos da inscrição (art. 72) Mas o efeito impeditivo não é da inscrição e, embora o art. 10 da Lei ~Q

1.110 houvesse ah-rogado a Lei nº 379, a doutrina tinha e tem de ver no casamento religioso, que ainda pode ser inscrito, efeito impeditivo. Diz o art. 73, pr., da Lei nº 6.015: "No prazo de trinta dias a contar da realização, o celebrante ou qualquer interessado poderá, apresentando o assento ou termo de casamento religioso, requerer-lhe o registro ao oficial do cartório que expediu a certidão." Se o casamento religioso foi sem a prévia habilitação perante o oficial do registro público, o prazo preclusivo é o mesmo do art. 73, *pr.,* da Lei n0 6.015, quanto à *irnpediên* Daí não se tire que o efeito impeditivo é da habilitação peranoficial do registro público; o efeito é do casamento religioso que houve habilitação civil *prévia,* ou do pedido de registro requerimento de registro (cf. Lei nº 6.015, art. 74).

2. *Casamento religioso.* Se bem que tudo aconselhasse a perfeita uniformidade entre o processo preparatório do casamento para a celebração civil e a preparação formal do casamento para se efetuar a

celebração religiosa, não foi isso seguido pela Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, o que nos obrigou, àquele tempo, a destinar capitulo especial ao casamento religioso, na sua fase de preparação, de celebração e de inscrição. Na Lei nº 6.015, como também na anterior Lei nº 1.110, há a habilitação prévia perante o oficial do registro público, ou a posterior, também perante ele.

§ 774. Da habilitação para o casamento civil

1. *Habilita* ção *para o casamento civil.* "A habilitação para o casamento", diz *o* Código Civil, no art. 180, "faz-se perante o oficial do registro civil, apresentando-se os seguintes documentos: -

Certidão

de

idade

ou

prova

equivalente. II - Declaração do estado, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos. III - Autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra (arts. 183, nº

Xl, 188 e 196). IV - Declaração de duas testemunhas maiores, parentes, ou estranhos, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento, que os iniba de casar. V - Certidão de óbito do cônjuge falecido, da anulação do casamento anterior ou do registro da sentença de divórcio". Acrescentou-se, no parágrafo único: "Se algum dos contraentes houver residido a maior parte do último ano em outro Estado, apresentará prova de que o deixou sem impedimento para casar, ou de que cessou o existente."

Cada uma das exigências do art. 180 merece estudo, — ou para que se explicitem os conceitos contidos, ou para que se elucidem referências

implícitas.

2.

Certidão de idade ou prova equivalente. ~Qual a cedidão de idade que os esposos devem apresentar? ~Qual a prova equivalente, a que, na falta da certidão, poderão recorrer os nubentes?

O Código Civil foi omisso; e foi preciso atender-se à interpretação, literal e científica, do seu art. 1.807, que só revogou as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas por ele, e não as disposições que, embora de direito civil, escaparam aos legisladores do Código Civil. Por exemplo: a determinação do que se considerava prova equivalente à certidão de idade, para o efeito de habilitação ao casamento; a enumeração dos documentos públicos; os requisitos intrínsecos de validade das confissões; e muitos outros dispositivos, de uso euremático, mas de inegável direito material. O Código Civil seria lei profundamente defeituosa se o seu art.

1.807 fizesse tábua rasa de todo o direito civil anterior, no que ele tem de compatível com os princípios da nova lei. Os últimos estudos tendentes à perfeita investigação metodológica do direito firmaram, como critério essencial, a rejeição de qualquer teoria que considere a lei escrita e imposta como o único direito positivo em vigor. Assim, continuaram a valer (como as cedidões de registro civil) as certidões extraídas dos livros eclesiásticos de registro de nascimento, casamento e óbitos, quando relativos a fatos ocorridos antes de instituir-se, na República, o registro civil. Trata-se de matéria de direito material, porque o é, incontestavelmente, tudo que concerne à admissibilidade e à *virtus probandi* de atos ou documentos, constituindo matéria de direito processual apenas o modo de se produzirem tais provas (veja-se, hoje, a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, ads. 67-69). O Código Civil foi omisso, mas a sua omissão, diante do art. 1.807, ao invés de revogar o Decreto n0 773, de 20 de setembro de 1890, deu-lhe nova vigência, pois que se trata de matéria de direito civil não regulada pelo Código, e deixada em aberto, pressuposta e referida em vários pontos dele: no art. 180, 1, "certidão de idade ou prova equivalente", no art. 202, parágrafo único, "justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova" etc. Continuou portanto, em vigor o Decreto nº 773, no que possuia de direito material, e conservou-se em vigência, até que se regulou o

assunto, no que concerne à forma de produção das provas. Dizia o Decreto nº 773, de 20 de setembro de 1890:

"Art. 1ª - A prova da idade, exigida pelo art. 1ª da Lei de 24 de janeiro de 1890, na falta ou impossibilidade de apresentação do registro civil ou certidão de batismo, pode ser suprida por alguns dos seguintes meios: 1. Justificação, pelo depoimento de duas testemunhas, perante qualquer juiz do cível, inclusive o de órfãos, o de casamento e o ju iz de paz. 2. Titulo ou certidão com que se prove a nomeação, posse ou exercício, em qualquer tempo, de cargo público, para o qual exija a lei maioridade, ou de matrícula, qualificação ou assento oficial de que conste a idade. 3. Atestado dos pais ou tutores, não havendo contestação. 4. Qualquer documento que em direito comum seja aceito por valioso para substituir a certidão de idade. 5. Atestado de qualquer autoridade que em razão do ofício tenha perfeito conhecimento da pessoa, não estando esta sob poder ou administração de outra. 6. Exame de peritos nomeados pelo juiz competente para conhecer da capacidade dos pretendentes. Art. 2ª - O processo de justificação da idade dos nubentes será sumarissimo, dispensando-se todos os termos que não forem rigorosamente essenciais e a citação das testemunhas que espontaneamente comparecerem. Se ambos os nubentes a requererem perante o mesmo juiz, correrá a justificação em um só processo. Art. 39 - Na referida justificação e em outras necessárias para a relização do casamento civil, os juizes, escrivães e oficiais de justiça perceberão pela metade os emolumentos taxados para atos semelhantes no regimento de custas, aprovado pelo Decreto nº 5.737, de 2 de setembro de 1874. Art. 49 - Revogam-se as disposições em contrário." A *lei,* a que se referia o art. 1ª, *pr.,* era o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, em que se dizia, quase como no Código Civil (art. 180,1): "Art. 1ª - As pessoas que pretenderem casar-se devem habilitar-se perante o oficial do registro civil, exibindo os seguintes documentos em forma que lhes dê fé pública: § 1ª - A certidão de idade de cada um dos contraentes, ou prova que a supra etc.." A interpretação, que déramos na 1) edição, sobre continuar em vigor o Decreto nº 773, depois de algumas vacilações da doutrina, foi a adotada, definitivamente, pela jurisprudência (6ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 1ª de outubro de 1931, *AJ* 21/154). Clovis Bevilacqua, *Código Civil Comentado,* 4ª edição, II, 8, disse: "A verdadeira doutrina foi estabelecida por Powrrs DE MIRANDA, *Direito de Família,* § 24, que encontra apoio na razão e no art. 143 do Código Civil." No mesmo sentido, J. M. de Carvalho Santos *(Código Civil brasileiro interpretado,* IV, 23 s.). A certidão mesma, se o nascimento foi antes do registro civil (1ª de janeiro de 1889), era a dos assentos eclesiásticos, chamada

certidão de batismo; se posterior, a do registro civil de nascimento. Sob o direito anterior, na habilitação para o casamento entre contraentes nascidos na vigência da lei do Registro Civil, quando a prova de idade não fosse feita com a certidão do nascimento e sim por meio de justificação, como permitia o Decreto nº 773, de 20 de setembro de 1890, determinava o juiz de casamentos: *a)* que fosse lavrado o termo de nascimento de acordo com a justificação e na forma do art. 68 do Decreto nº 4.857 no cartório em que se estivesse processando a habilitação; *b)* que a justificação se processasse, independentemente de outras formalidades, nos próprios autos da habilitação; c) que fosse junta aos autos de habilitação a certidão desse registro (Decreto nº 18.542 de 24 de dezembro de 1928; art. 87; cf. Lei nº 5.542, de 1ª de outubro de 1939, art. 87).

Estatuiu o Código de Processo Civil de 1939, art. 743: "As justificações requeridas serão feitas com a ciência do órgão do Ministério Público e julgadas pelo juiz." Na 2ª alinea: "O órgão do Ministério Público acompanhará os processos de habilitação e requererá o que for conveniente à sua regularidade."

No direito atual, *sedes materiae* é a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 68: "Se o interessado quiser justificar fato necessário à habilitação para o casamento, deduzirá sua intenção perante o juiz competente, em petição circunstanciada, indicando testemunhas e apresentando documentos que comprovem as alegações. § 1ª Ouvidas as testemunhas, se houver, dentro do prazo de cinco dias, com a ciência do órgão do Ministério Público, este terá o prazo de vinte e quatro horas para manifestar-se, decidindo o juiz em igual prazo, sem recurso. § 2ª Os autos da justificação serão encaminhados ao oficial do registro para serem anexados ao processo da habilitação matrimonial." 3. *Declaração do estado, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos.* Estado civil, domicilio e residência são conceitos de direito civil, que não precisam de ser lembrados. Na expressão "estado" compreende-se toda situação jurídica estabelecedora de *status* de direito de família, segundo a lei regedora do *status* de cada um dos nubentes. Se se trata de domiciliado no Brasil, basta que diga ser menor, ou maior, solteiro, viúvo ou divorciado. O separado judicialmente não pode casar. Se um dos cônjuges esteve ligado por casamento nulo, ou anulável, é de mister declarar ser solteiro, por se já haver pronunciado a nulidade, ou a anulabilidade, do casamento, em sentença passada em julgado e devidamente averbada no registro civil (Lei nº 6.015, arts. 29, § 1ª, *a),* V parte, e 100, §§

1ª-5ª). Quando domiciliado alhures, ou, em geral, subordinado à lei estrangeira, o nubente dirá que é menor, maior, solteiro, viúvo, ou divorciado. As expressões "domicílio" e "residência atual", quer em relação aos contraentes, quer em relação aos pais, são, em quaisquer casos, conceitos de direito brasileiro. A Parte Geral do Código Civil, arts. 31-34, 36-41, é que lhes dá o conteúdo. O domicilio e a residência atual dos pais somente são de mister quando conhecidos, isto é, quando, conhecidos os pais, se lhes conhecer o domicílio, ou a residência. O Código Civil não exige, aqui, nenhuma prova do estado civil, nem do domicilio. Satisfaz-se com a simples declaração. A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 67, § 1º, diz que o Ministério Público, a cujo órgão se abre vista dos autos do procedimento da habilitação para o casamento, para manifestar-se sobre o pedido e requerer o que for necessário à sua regularidade, pode exigir a apresentação de atestado de residência, firmado por autoridade policial, ou qualquer outro elemento de convicção admitido em direito.

4. O assentimento das pessoas sob cuja dependência estiverem, ou do ato judicial, que o supra. O assentimento deve constar desde logo, dos papéis da habilitação. A necessidade do assentimento dos pais, ou tutores, ou curadores, é determinada pela lei que rege a capacidade do nubente. E sempre a lei brasileira quando se trata de juiz ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, que pretendam casar-se com órfã, ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, casos em que é preciso licença especial da autoridade judicial superior. De ordinário as leis de direito administrativo, que podem exigir aos militares e a certos funcionários permissão da autoridade superior para o casamento, nada têm com o direito civil, de modo que, se outra coisa não estatuem, o oficial do registro civil não tem poder para exigir na habilitação para casamento a permissão de que se trata. A essa espécie não se refere o art. 180, III.

5. *Declaração de duas testemunhas.* A declaração de duas testemunhas, maiores (a maioridade, aí, é sempre regida pela lei brasileira, porque se trata de capacidade para testemunhar), parentes, ou estranhos, que atestem conhecer os nubentes e afirmem não existir impedimento, que os iniba de casar (art. 180, IV), faz-se por escrito, quer particular, quer público, e tem por fim a atestação da identidade e a afirmação da inexistência de impedimento matrimo nial, conforme o sabem os declarantes.

6. *Prova da inexistência de casamento anterior.* O art. 180, V, fala da certidão de óbito do cônjuge falecido, da anulação do casamento anterior ou da averbação da sentença de divórcio. Observemos, desde já, que a expressão

"anulação" aí está empregada por "decretação de nulidade ou anulação", pois que o casamento existente, embora nulo, é obstáculo, enquanto se lhe não decreta a nulidade, à convolação de novas núpcias. Aliás, além de tal argumento, há o que decorre do art. 183, XIV, onde explicitamente se impede o casamento da mulher antes de se passarem trezentos dias, quando o casamento "se desfez por ser nulo", salvo se, antes de findo esse prazo, der à luz algum filho.

A certidão de óbito é a do registro civil, ou, se o óbito ocorreu antes da vigência da lei que estabeleceu o registro civil, a dos assentos eclesiásticos.

A prova pela certidão não é insuprível. Seria absurdo impor perpétua viuvez àqueles cujos registros, eclesiásticos ou civis, se perderam, queimaram, ou roubaram. "Já depois de composto este livro", escrevíamos em 1917, "apareceu o fascículo nº 1 do t. V do *Manual do Código Civil brasileiro,* cuja primeira parte foi escrita pelo Conselheiro Cândido de Oliveira. Há nesse trabalho afirmativa com a qual não podemos concordar: dizer que a certidão de óbito para habilitação de casamento é insuprível (pp. 28 e 29). Seria optar pela interpretação absurda, vexatória, arbitrária, desatendendo ao sistema do Código, que admite o suprimento da prova, nos casos similares (idade, art. 180, 1; casamento, art. 202, parágrafo único). Ademais, o art. 143 pressupõe a prova testemunhal no suprimento da certidão de óbito".

Não está — portanto — revogado o Aviso do Ministério da Justiça, de 14 de janeiro de 1891, em que o Ministro Campos SaIes, em resposta a oficio do Governador do Rio Grande do Sul, afirmava que, na impossibilidade de se conseguir a certidão de óbito de cônjuge falecido, "pode essa ser suprida por justificação, como acontece com a certidão de idade". Outro argumento em favor do suprimento da certidão de óbito pela prova testemunhal temo-lo no art. 143, *verbis* "Os ascendentes como testemunhas em questões em que se trate de verificar o nascimento ou óbito dos filhos." 7. *Residência alhures.* Estabelece o parágrafo único do art. 180 que o contraente, se houver residido a maior parte do último ano em outro Estado (basta residência, portanto; não é preciso domicílio), apresentará prova de

que o deixou sem impedimento para casar, ou de que cessou o existente.

~Qual a prova a fazer-se? A mesma que se faria em relação à cessação do impedimento, *se ele existia;* por exemplo: se estava casado, a prova do óbito do cônjuge falecido. Mas, dada a generalidade com que se enuncia o art. 180, parágrafo único, a prova *de não haver impedimentos* deve versar sobre a inexistência de quaisquer impedimentos legais, e pode consistir em quaisquer meios legítimos de prova, sendo uma indicada pelo próprio art. 180,1V, que é a declaração de duas pessoas maiores que atestem conhecêlo, bem como ao outro pretendente, e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar. Tal justificação deve ser feita no lugar em que resida o contraente, ou por pessoas ali residentes na mesma época. O Conselheiro Cândido de Oliveira incidiu em outro engano quando aplicou o art. 12 da Introdução do Código Civil aos casos de prova feita nos Estados Federados que compõem a República do Brasil. A admissibilidade das provas é ato *decisoriun-i litis,* e não *ordinatorium:* pertencia, portanto, à União: o art. 12 da Introdução referia-se apenas aos Estados estrangeiros e, no que podia, então, referir-se aos Estados Federados brasileiros, não se havia de entender como relativo à matéria de admissão de provas, mas à maneira de regulá-las, tanto assim que a lei civil fixou os meios de prova (ads. 136-144). O modo de produzir tal justificação rege-se pela lei processual. No Brasil, enquanto não se promulgou o Código de Processo Civil, a forma foi a da lei processual vigente, no Estado Federado, no Distrito Federal, ou no Território do Acre (Disposições transitórias da Constituição de 1934, art. 11, § 2ª Constituição de 1937, art. 183). A unificação do processo teve como efeito a unificação do processo das justificações para habilitação matrimonial (Código de Processo Civil de 1939, ads. 743, 735-738), o que persistiu até 31 de dezembro de 1976

(Código de 1973, art. 1.218, IX), passando a partir de 1ª de janeiro de 1976 a ser submetido à Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 68, §§ 1ª e 2ª (cp. art. 298).

8. *Prova de sanidade.* Além das exigências do art. 180 do Código Civil, existiu a do art. 145 da Constituição de 1934

(posteriOrmen te com valor de regra de lei ordinária), onde se disse: "A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do país." No

plano do direito constitucional, o art. 145 representou regra jurídica da natureza daqueles a que por vezes nos referimos noutros lugares: prometeu a legislação a propósito de algum assunto. Significou que o legislador constituinte quis que isso entrasse nos *programas* de politica legislativa. No caso do art. 145, teve isso o valor de excluir o que, sob a Constituição de 1891, não raro se afirmou: que seria inconstitucional, que violaria a liberdade individual, que se chocaria com os princípios morais, a exigência de provas de sanidade física e mental. Entre tais provas está o exame pré-nupcial, em torno do qual, por volta de quinze ou vinte anos atrás, tamanha grita se levantou.

9. *Proclamas.* A vista desses documentos, diz o art. 181 do Código Civil, apresentados pelos pretendentes, ou seus procuradores, o oficial do registro lavrará os proclamas de casamento, mediante edital, que se afixará durante quinze dias, em lugar ostensivo do edifício, onde se celebrarem os casamentos, e se publicará pela imprensa, onde a houver (art.

182, parágrafo único). A regra jurídica remonta às *denunciationes* e aos *banna* (banhos), com que a Igreja católica, com raízes no século IX, assegurou a publicidade prévia dos atos para a celebração do casamento. Compreende-se que assim fosse, pela missão que se lhe deixava de jurisdição, por bem dizer preventiva, no tocante ao matrimônio. A diferença de outras leis civis, a lei brasileira não exige que a apresentação seja pessoal. Em todo o caso, não sendo pelos próprios nubentes, há de ser mediante procuração, que satisfaça os requisitos normais das procurações (Código Civil, art. 1.289 e

§§ 1ª, 2ª e 3º). O oficial do registro civil que publicar o edital do art. 181, sem que tenha sido solicitado por ambos os contraentes, incorre, além da responsabilidade penal aplicável ao caso, na multa a que se refere o Código Civil, art. 227, I. Quanto à expressão "onde a houver", referente à imprensa, ahavemos de entender que se reporta à circunscrição em que tem atribuições o oficial do registro civil, ou à circunscrição em que tem jurisdição o juiz dos casamentos, ou, ainda, a cidade, a comarca, ou o Município? Restringir a necessidade da publicação ao círculo em que tem competência o oficial do registro civil, seria inadmissível (sem razão, J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado,* IV, 29), porque não há jornal, por exemplo, em Botafogo, Catete e Gávea, e estaria dispensada a publicação, quanto a um casamento que se tivesse de efetuar no Rio de Janeiro. Não há conceito fixo, preciso, no art. 181, *pr.* Se uma cidade, ou vila, tem mais de um juiz de casamentos, e nela há imprensa,

imprescindível é a publicção, ainda que a sede do jornal não seja dentro da jurisdição do juiz que vai celebrar o casamento, ou perante quem se habilitam os nubentes. Tampouco seria de dispensar-se, quando a vila, ou povoação, fosse assaz perto de outra que tivesse imprensa. O conceito depende de fatos, cabendo ao oficial do registro, de acordo com a prática, ou as instruções recebidas, exigir a publicação.

Nenhuma sanção existe na lei civil quanto à não-publicação do edital, quer pela imprensa, quer por afixação durante o prazo legal. Qualquer penalidade resultará de regra de direito penal, ou de direito disciplinar do notário e oficial do registro, e.g., Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, ads. 31,1, e 32-35. Resta saber-se se a publicação obedece ao mesmo prazo da afixação, pois o art. 181 disse que o edital se afixará durante quinze dias, em lugar ostensivo do cartório, e nada dispôs quanto àpublicação pela imprensa. Havemos de entender que basta uma publicação, tanto mais quanto é possível existir periódico que somente saia uma vez por qúinqtiidio, ou mais distanciadamente. Não se trata, portanto, de esquecimento do legislador. Atendeu ele à diferença entre a fixação e a publicação pela imprensa, que depende das circunstâncias.

A jurisprudência é assente quanto a não produzir invalidade a preterição do prazo do art. 181 (6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 20 de outubro de 1950, *RF* 134/134: "As irregularidades não estão mencionadas entre os casos de anulação do casamento", isto é, de decretação de nulidade, ou de anulação, em boa terminologia).

10. *Certidão de não-oposição de impedimento.* Se, decorrido o prazo de quinze dias, não aparecer quem oponha impedimento, nem lhe constar algum dos que de ofício lhe cumpre declarar, o oficial do registro certificará aos pretendentes que estão habilitados para casar dentro dos três meses imediatos (Código Civil, arts. 181, § 1ª e 192).

Em dias posteriores à tirada da certidão, impedimentos podem surgir, de modo que teve a lei de fixar o tempo em que tem eficácia. Quase todos os Códigos adotam ou adotaram tempo maior: um ano (Código Civil francês, art. 65; anterior Código Civil português, art. 107, § 2ª Código Civil espanhol, art. 92, 2ª parte, antes da reforma operada com a Lei nº 11, de 15 de outubro de 1990, art. 1ª); cento e oitenta dias (Código Civil italiano, art. 99, 2ª alinea); seis meses (Código Civil

alemão, § 1.316 antes da *Ehegesetz* de 20 de fevereiro de 1946, que entrou em vigor a de março de 1946, revogando os §§ 1.303-1.352; Código Civil venezuelano, art. 96).

11. *Residências dos nubentes em circunscrições diferentes.* Se os nubentes residirem em diversas circunscrições do registro civil, em uma e em outra se publicarão e registrarão os editais (Código Civil, art. 181, § 22; Lei nº 6.015, de 31

de dezembro de 1973, art. 67, § 42). Aqui, a palavra "publicarão" compreende a afixação durante os quinze dias e a publicação pela imprensa, onde a houver. Quer dizer: se os nubentes residem em círcunscriçOes diversas do registro civil, ainda que o mesmo seja o juiz das duas circunscrições, e em ambas haja imprensa, são exigidas a afixação em cada uma delas e a publicação pela imprensa de uma e de outra; se só em uma existir imprensa, dar-se-á a afixação em ambas, além da publicação na que possuir periódico; se nenhuma tiver imprensa, a afixação será feita numa e noutra. O oficial do registro onde foram apresentados os documentos e o pedido de habilitação para casamento lavra os editais e remete uma cópia ao oficial do registro da outra circunscrição, para a observância do art. 181, § 2ª. Escusado é dizer-se que o oficial do registro em cuja circunscrição se não vão habilitar os nubentes tem a mesma obrigação de certificar a não-aparição de impedimento e de lhe nao constar algum dos que lhe cumpre declarar de ofício. Apenas a sua certidão não contém a afirmação de que se acham habilitados para casar nos três meses imediatos. Tal função somente possui o oficial do registro perante o qual se faz a habilitação para o casamento e esse, recebendo a certidão do outro oficial e dando a sua, acrescentará a conclusão de que os pretendentes estão habilitados para o casamento, dentro do prazo legal.

A certidão recebida deve ser juntada aos autos de habilitação e, na certidão que der o oficial do registro, perante o qual se processa a habilitação para casamento, referir-sei à que recebeu, com menção do conteúdo.

12. Registro dos *editais.* O registro dos editais lar-se-á no cartório do oficial, que os houver publicado, dando-se deles certidão a quem pedir (Código Civil, art. 182). O registro será feito nas duas circunscrições, pelos dois oficiais, nos livros a isso destinados. O dever de dar certidões dos editais cabe, por igual, a ambos, e não lhes é permitido

negá-las a quem quer que seja. Se bem que os impedimentos exijam legitimação ativa (arts. 189 e 190), a expressão "a quem pedir", que aparece no art. 182, mostra que nenhuma ligação imediata tem com a legitimação para a oposxçao dos impedimentos o direito público subjetivo a certidões dos editais, que se consigna no art. 182. O registro dos editais de casamento conterá todas as indicações necessárias quanto à época de publicação e aos documentos apresentados, abrangendo também os editais remetidos por outro oficial processante (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art.

44).

13. *Dispensa de publicação.* Depois de se haver referido aos proclamas, afixados e publicados com a forma de edital, e ao registro dos editais, diz o Código Civil no art. 182, parágrafo único: "A autoridade competente, havendo urgência, podera dispensar-lhes a publicação, desde que se lhe apresentem os documentos exigidos no art. 180." O art. 199, posto que inserto no Capitulo IV (Da celebração do casamento), serve-nos de elemento para completar-nos o conceito de

"urgência", que aparece no art. 182, parágrafo único: é a urgência que justifique a imediata celebração do casamento, inclusive o iminente risco de vida. Se alguma publicação já foi feita, o pedido da dispensa somente concerne aos dias restantes. Se nenhuma publicação se fez e o despacho do juiz pode tardar um dia ou dois, deve o oficial do registro providenciar para que se publiquem os editais antes do despacho. Não se compreende que demore a autoridade competente a decisão, vindo a deferir o requerimento, quando estaria cumprida a lei, pelo menos em parte, com a publicação no intervalo. Tampouco se justifica que o oficial do registro, diante do pedido de urgência, deixe de expedir os editais, ainda que o despacho do juiz os venha dispensar. Para a dispensa de proclamas, nos casos em que a lei permite, os contraentes, em petição dirigida ao juiz, deduzirão os motivos da urgência do casamento, provando-o desde logo por documentos ou outras provas produzidas com a ciência do órgão do Ministério Público (Lei nº 6.015, art. 69, § 2ª).

Quando o pedido se fundar em crime contra os costumes, a dis— pensa dos proclamas será precedida da audiência dos contraentes, em separado e em segredo de justiça (art. 69, § lº).

14. *Gratuidade.* Sob o regime do Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril

de 1941, art. 6ª, no Distrito Federal e nos Territórios eram inteiramente gratuitos e isentos de selos e quaisquer emolumentos ou custas, para as pessoas reconhecidamente pobres, mediante atestado passado pelo Prefeito ou pelo funcionário que esse designasse, a habilitação para casamento, assim como a sua celebração, registro e primeira certidão. O oficial do registro civil, exibindo o atestado referido no art. 6ª do Decreto-Lei nº 3.200 e o recibo da certidão de casamento, firmado por um dos cônjuges, ou, se ambos não soubessem escrever, por pessoa idônea, a rogo de qualquer deles, com duas testemunhas, podia cobrar da Municipalidade metade dos emolumentos ou custas que a ele e ao juiz coubessem (Decreto-Lei nº 3.200, art. 6ª, § 1ª). Nos Estados Federados, a gratuidade tinha de ser assegurada (Decreto-Lei nº 3.200, art. 6ª, § 2ª, e 41).

Derrogado esse decreto-lei, que tem em vigor tão-somente as regras juridicas dos arts. 1ª, 2ª, 39, 59, 15, 16, 19, 20, 21 e 22, não há gratuidade senão a pessoas comprovadamente pobres, àvista de declaração de pobreza (Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983, art. 1ª, *pr),* sob expressa responsabilidade civil e criminal de quem a declara (arts. 2ª e 39), inclusive a rogo, com a assinatura de duas testemunhas, se analfabeto o declarante (arg. Lei nº 6.015, art. 30, § 2ª). Nos autos do procedimento de habilitação de casamento hão margear-se as custas e os emolumentos, com indicação do número da guia do respectivo recolhimento, feito segundo as tabelas afixadas em local visível, de fácil leitura e acesso ao público (Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994), art. 30, VII).

15. *Pena lidade.* O oficial do registro que dá a certidão do art. 181, § 1ª, antes de apresentados os documentos do art.

180, ou algum deles, ou pendente a oposição de algum impedimento, incorre, além da responsabilidade penal aplicável ao caso, na multa que o Código Civil, art. 227, II, estabelece. Os impedimentos do art. 183, I-XII, são oponíveis, de ofício, pelo oficial do registro (art. 189, 1); de modo que, se o oficial do registro não declara os impedimentos, cuja oposição se lhe fez, ou cuja existência, sendo oponíveis de ofício, lhe constava com certeza, incorre na mesma multa, além da responsabilidade penal aplicável (art. 227, III).

§ 775. Oposição dos impedimentos

1. *Oposição de impedimento e pedido de decretação de invalidade.* Devem-se distinguir a *oposição* dos impedimentos, que consiste em se apresentarem ao presidente do ato ou ao oficial do registro as provas da existência de alguns desses obstáculos legais à efetuação dos casamentos, e o requerimento *(petitio)* de sentença de nulidade ou anulação do matrimônio. A primeira é anterior o segundo, posterior à celebração. Pelo menos em alguns casos, poderia a lei permitir a todos a oposição; não seria de admitir-se que se desse a ação de nulidade ou de anulação, indistintamente a todos.

Quanto à oposição, atendendo a que certos impedimentos são de *interesse público* e outros de *interesse meramente particular,* o Código Civil procedeu a separação nítida entre impedimentos oponíveis por qualquer pessoa nas situações do art. 189 e impedimentos de interesse particular, só oponiveis por determinadas pessoas. Na sistemática da lei civil, aqueles coincidem ser os impedimentos dirimentes e esses os impedimentos só impedientes.

(Não se confunda a legitimação ativa no tocante aos impedimentos, sejam eles simplesmente impedientes, ou sejam dirimentes, isto é, que impedem *e dirimem o casamento,* e a legitimação ativa para a propositura das ações de nulidade e anulação, que só se ligam a impedimentos *dirimentes:* aqui, só há interesse público, de regra, nas nulidades decorrentes de impedimentos absolutamente dirimentes, e são de interesse particular as decorrentes de impedimentos relativamente dirimentes, a que coincide corresponderem anulabilidades.)

2. *Publicidade.* A publicidade prévia, com que se anuncia o casamento e se dão a conhecer os nubentes, para que os impedimentos sejam opostos, entronca-se nas Capitulares (803), onde os noivos tinham de declarar ao padre o seu propósito de núpcias. Ao padre cabia proceder, por si mesmo, ao inquérito (R. von Scherer, *Uber das Eherecht bei Benedikt Levita und PseudoIsidor,* 23-26). Isso há mais de mil anos. Já era algo de jurisdição, de caráter *preventivo.* No quarto Concílio de Latrão, em 1215, a Igreja galicana adotava forma sucedânea e desenvolvida do inquérito dos séculos IX e X.

3. *Impedimentos de interesse público.* Os impedimentos dirimentes, por serem de interesse social, podem ser opostos de acordo com o art. 189, que diz: “Os impedimentos do art. 183, nº‟ 1 a XII, podem ser opostos: 1 - Pelo oficial do registro civil (art. 227, n0 III). II - Por quem presidir à celebração do casamento. III - Por qualquer pessoa maior, que, sob sua assinatura, apresente declaração escrita, instruída com as provas do fato que alegar” Acrescenta o parágrafo único: “Se não puder instruir a oposição com as provas, precisará o oponente o lugar onde existam, ou nomeará,pelos menos, duas testemunhas, residentes no município, que atestem o impedimento.”

Para a prova dos impedimentos dirimentes aponta a lei os meios vulgares de prova, ou meios especiais. Eis os casos especiais: a) a afinidade resultante de filiação que, antes da Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, era dita “espúria‟ pode provar-se por confissão espontânea dos ascendentes da pessoa impedida, os quais, se o quiserem, têm o direito de fazê-la em segredo de justiça (art. 184); *b)* a afinidade resultante de filiação natural pode ser também provada por confissão espontânea dos ascendentes, se da filiação não existe a prova derivada do reconhecimento voluntário do filho concebido fora do casamento (art. 184, parágrafo único e Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 1ª, [-IV). Quando a maternidade constar do termo de nascimento do filho, a mãe só poderá contestar, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas (art. 356) em processo contencioso (Lei nº 6.015, art. 113). No Projeto Coelho Rodrigues e no revisto (respectivamente, arts. 1.849, 1.850 e 227-229) refletia-se, inteiramente, o Decreto nº 181, art. 8ª, que, de acordo com a Lei de *6* de outubro de 1784, art. 59, também indicava a forma da confissão em segredo. O Código Civil não foi até ai: deixou ao direito processual a edição de regras a respeito. No art. 189 não se fatou na legitimação ativa do Ministério Público para opor os impedimentos dirimentes. Claro está que se inclui no número das pessoas de que trata o art. 189, III. Para se chegar a tal conclusão não se precisa recorrer a qualquer principio geral de direito , ou àanalogia com outros artigos do Código Civil. Todo membro do Ministério Público é pessoa maior e, por certo, se lhe há de exigir declaração escrita, sob sua assinatura, instmída com as provas do fato que alegar.

4.

Impedimentos proibitivos. Quanto aos impedimentos impedientes ou

proibitivos, diz o Código Civil, no art.

190: “Os outros impedimentos só poderão ser opostos: 1 - Pelos parentes, em linha reta, de um dos nubentes, sejam consangúíneos ou afins. II - Pelos colaterais, em segundo grau, sejam consangúíneos ou afins.

5. *Legitimação ativa.* O Código Civil, ao referir-se aos impedimentos do art. 183, XiII-XVI, estatui que só são legitimadas para a oposição as pessoas indicadas no art. 190. Um dos impedimentos é do art. 183, XIV, concernente à viúva, ou à mulher, cujo casamento se desfez por ser nulo, ou por ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se, antes de findo esse prazo, der à luz algum filho. O art. 190 é limitativo, mas seria absurdo que se não considerasse legitimado para opor o impedimento, no caso de nulidade, ou de anulação do casamento, o que fora casado com a mulher, pois o impedimento tem o fito de evitar a *turbatio sanguinis* (assim, o Código Civil italiano, art. 102, alínea 4ª), o testamenteiro do cônjuge premorto, no caso de viúva que se quer remaridar, algum interessado na prova de que o noivo não pode ter filhos, ou o curador ao ventre que for nomeado quando se suspeite de estar grávida a mulher que se quer casar.

§ 776. Regras gerais quanto à oposição

1. *Tempo em que se opõem os impedimentos.* A época em que normalmente se apresentavam os impedimentos era a do prazo legal da publicação dos proclamas (quinze dias); mas, ainda na ocasião de se celebrarem as núpcias, seriam aceitas as oposições de impedimento (cp. Decreto nº 1811, de 24 de janeiro de 1890), quando provindas de pessoa competente e devidamente comprovada. O Código Civil não fixou o prazo para a apresentação dos impedimentos: devia-se atender, em vista disso, à regra jurídica, mais liberal, que era a da antiga lei do casamento (ads. 12 e 13); *aLter,* sob a Lei nº

6.015, art. 67, § 3ª: decorrido o prazo de quinze dias, o oficial do registro certificará que não houve a oposição de impedimento, o cumprimento dos requisitos de eficácia da habilitação e entregará aos nubentes a certidão de que estão habilitados para o casamento nos três meses imediatos. Ainda que os pais, curadores e tutores tenham

assentido, poderão, até o momento de celebrar-se o matrimônio, retratar o assentimento.

A declaração do oponente deve ser escrita, e conter, se não se fizer de ofício: *a)* alegação do fato e razões para se crer na existência dele; *b)* prova da qualidade de parente, quando se tratar de impedimento impediente, ou de maioridade, se se alegar impedimento dirimente; c) assinatura do oponente; *d)* provas do fato. A oposição de ofício só se admite quando o impedimento é dirimente.

2. *Nota da oposição.* O oficial do registro civil dará aos nubentes, ou seus representantes, nota do impedimento oposto, em que indicará os fundamentos, as provas, e, se o impedimento não se opôs de ofício, o nome do oponente (art. 191).

3. *Eficácia da oposição.* O efeito da oposição consiste em suspender-se a celebração do casamento. Código Civil italiano, art. 104, alínea le: "L"opposizione fatta da chi ne ha la facoltà, per causa ammessa daíla legge, sospende la celebrazione dei matrimonio sino a che con sentenza passata in giudicato sia rimossa lopposizione." Mas, para que a oposição produza tal conseqüência, émister seja válida; feita por pessoa incompetente, ou por causa não considerada impeditiva pela lei, fica sem efeito, e deve-se continuar a celebração do casamento. Torna-se preciso, contudo, para essa apreciação instantânea do instrumento de oposição, que a incompetência seja indiscutível, ou não seja, indubitavelmente, da classe dos impedimentos a razão que o oponente apresenta (E. 5.

Bianchi, *Corso di Diritto*

Civile italiano, V, 526).

Fica salvo aos nubentes fazer a prova contrária ao impedimento (Lei nº 6.015, art. 67, § 5t V parte) e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé (art. 191, parágrafo único). Trata-se da responsabilidade criminal. O

Código Civil italiano exclui a responsabilidade civil, em se tratando de ascendente ou do Ministério Público (art. 104, alínea 2ª). O Código Civil brasileiro generalizou a responsabilidade de modo que podem ser

condenados a ressarcir os danos o oficial de registro e o presidente do ato, se se opuserem de má-fé. Não se podem incluir, a despeito dos termos gerais da disposição legal, por se confundir a oposição com o impedimento mesmo, e usarem, no momento, de direito civil, o titular do pátrio poder, da tutela, da curatela ou da adoção (art. 183, Xl). Claro é que ficam eles sujeitos à responsabilidade civil e criminal, se se opuserem de má-fé depois de já ter sido suprido o assentimento pela autoridade competente. A oposição de impedimentos matrimoniais é ato jurídico *stricto sensu,* comunicação de conhecimento, portanto declaração receptícia, feita ao oficial, razão por que é sem qualquer base, repetindo-se a C. Demolombe, dizer-se, como fez a 54 Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a U de dezembro de 1950 *(RF* 142/236), que se trata de ato extrajudicial. Quanto à discussão, no direito francês, sobre ser de arbítrio, ou não, do oficial do registro suspender o procedimento, é estranha ao direito brasileiro; porque a toda oposição há de corresponder apreciação pelo oficial, que dirá se foram satisfeitos os pressupostos.

4. *Dispensa de* impedimento. O direito civil moderno tende a não admitir mais a dispensa dos impedimentos. No direito canônico são, em regra, *dispensáveis,* fazendo-se exceção apenas para três classes: 1) falta de idade, impotência em certos casos e o parentesco consangUíneo em linha reta; 2) o duplo crime de adultério e homicídio; 3) a proibição de contrair segundas núpcias na constância do primeiro matrimônio (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* II, 32).

5. *Celebração na pendência ou efetividade da oposição.* O casamento celebrado na pendência ou efetividade de oposição, hipótese rara em face da sistemática introduzida com a Lei nº 6.015, art. 67, § 52, não é nulo, nem anulável, por esse simples fato: *o nterdictum iudicis* não traz consigo um *impedimentum matrimonii dirimens* (Zachariae, *Le Droit civil français,* 1, 195: le mariage célébré malgré lexistence d"une opposition, même maintenue par jugement, n"est pas nul pour ce seul fait, si d"ailleurs il ne se recontre aucun moyen de nulité résultant dun empêchement dirimant").

§ 777. Posposição do processo da habilitação

1. *Colocação normal no tempo e inversão.* A regra é que, antes da celebração do casamento, se proceda à habilitação dos nubentes. Tal é o que se dá com a forma ordinária do casamento civil e com a forma ordinária do casamento religioso, que se regulava na Lei nº 379, arts. 1ª-3ª. Também no caso de moléstia grave de um dos nubentes, a celebração do casamento civil do art. 198 do Código Civil é precedida da habilitação, pois que não se dispensa a certidão do art.

181, § 12. Quanto ao casamento do art. 199, parágrafo único, é possível não haver, sequen a certidão, e, nesse caso, o juiz procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado para o casamento, na forma ordinária (art. 200, § 1ª). Dá-se, assim, inversão dos processos: ao invés de se começar pela habilitação e de se passar à celebração e ao registro, celebra-se o casamento, passa-se à habilitação e, depois, ao registro.

2. *Casamento religioso.* Também o casamento religioso *in articulo mortis* pode ter-se efetuado sem a habilitação prévia, e então ocorre a inversão a que acima nos referimos. Veja-se o art. 76 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Sobre a competência em matéria de casamento religioso, depois da Constituição de 1946, art. 163, § 2ª, e, bem assim da Constituição de 1967, art. 167, § 32, inclusive com a Emenda nº 1, de 1969, art. 175, § 32, adiante, Capítulo VIII; cf. Lei nº 6.015, art. 74.

3. *Ratificação.* A ratificação, a que se reporta o art. 200, § 52, do Código Civil, na hipótese de convalescença do enfermo, é possível, para dispensa das formalidades da comparência das testemunhas e do ministro da confissão religiosa, no caso de casamento in *extremis* (Lei nº 6.015, art. 76), não porém da habili-tação, se não foi feita antes do casamento. Tal ratificação tem a vantagem de eficácia *ex tunc.*

Capítulo VI

Representação no casamento

§ 778. Exclusão da representação legal

1. *Caráter personalíssimo* do *ato.* A natureza do ato do casamento exclui que se possa contrai-lo por decisão de outrem, ou com a sua assistência. Assim, quando os pais, os tutores, ou curadores, assentem no casamento, não representam, nem assistem, pois a capacidade matrimonial é completa, e o assentimento, que se faz mister, é simples formalidade, com que se cerca de cautela o ato matrimonial, assim como precisa o marido, para a alienação de certos bens, do assentimento da mulher, ou vice-versa.

2. *Representação voluntária.* A representação voluntária merece introdução nas leis, porém nem todos os povos a permitem com a mesma largueza que o Código Civil brasileiro, no mi. 201 e seu parágrafo único. Alguns só a admitem em tempo de guerra; outros, como a Holanda (Código Civil holandês, art. 134), fazem-na depender de permissão real.

O direito romano estabeleceu que um homem poderia casar, por carta, ou por enviado, *ex literis vel nuntio,* se a mulher se achasse no lugar do seu domicilio, não porém se ela estivesse ausente, porque, nesse caso, não haveria a entrada solene na casa do marido.

No direito canônico atual, o casamento por procuração é reconhecido, se em mandato especial para contrai-lo com pessoa determinada, subscrito pelo mandante e pelo pároco, ou por ele e pelo ordinário do lugar da passação, ou por sacerdote delegado, ou, ainda, por, pelo menos, duas testemunhas. Se o mandante não sabe escrever, consta isso da procuração, e outra testemunha tem de assinar o instrumento, sob pena de nulidade do mandato. Se, antes de executar o mandato o procurador, o mandante revoga a procuração, ou cai em demência, não vale o casamento, ainda que o procurador, ou a outra parte, o ignorem. Para que o matrimônio valha, há de o procurador desempenhar-se, por si mesmo, do encargo recebido *(Codex luris* Canonici, cânon 1.089, §§ 1-4).

3. *Lei pessoal.* Se os nubentes podem contrair as núpcias por procuração, ou por carta, responde a lei pessoal, que, por sua vez, pode fazer lei-conteúdo outra legislação; se essa o nega, *toilitur*

quaestio; se o permite, é preciso que a lei do lugar do ato da celebração também o aceite: se o não aceita, há corte aos efeitos da lei pessoal, por motivo de ordem pública. Tais princípios são aplicáveis ao casamento religioso: a confissão pode não reconhecer o matrimônio *per procuratorem,* ou por carta, ou outro semelhante. A 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 26 de fevereiro de 1947 *(RT* 167/297), disse, com imperdoável erro de qualificação, que, embora a lei pessoal do cônjuge não o permita, é válido o casamento realizado no Brasil mediante procuração, por se achar um dos nubentes fora do país, por se tratar de *forma* (9 de consentimento e reger-se, como tal, pela *lex loci.* De modo nenhum. Poder de representação não é forma, salvo se o Estado da lei pessoal adota tal qualificação (nosso *Tratado de Direito Internacional Privado,* II, 13), o que, *de iure condendo,* é de repelir-se.

§ 779. Casamento por procuração no direito brasileiro

1. *Procuração.* O casamento pode celebrar-se mediante procuração, que outorgue poderes especiais para receber, em nome do outorgante, o outro contraente (Código Civil, art. 201). *Procuração* é o ato em virtude do qual uma pessoa dá a outra o poder de fazer alguma coisa para o outorgante dos poderes e em nome desse. *Procuração geral* é aquela em que os poderes nela conferidos são de simples administração. Abrange todos os atos de gerência conexos e conseqUentes, como estatui o Código Comercial, art. 145, regra jurídica até 1917 aplicável em matéria civil e remodelada depois pelo Código Civil, art. 1.295: "O mandato em termos gerais só confere poderes de administração." E no § 12: "Para. praticar outros quaisquer atos, que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos".

Procuração especial é aquela que contém poderes para o ato ou atos que nela se especifiquem. Há certos atos que requerem, por sua natureza, poderes especiais do outorgante, e um desses éo contrato de matrimônio.

Diz o Código Civil, art. 1.289: "Todas as pessoas maiores ou emancipadas, no gozo dos direitos civis, são aptas para dar procuração mediante instrumento particular do próprio punho." § 3ª: "O

reconhecimento da firma no instrumento particular é condição essencial à sua validade, em relação a terceiros." A legalização, pelo Cônsul brasileiro, das procurações passadas no estrangeiro, sejam de nacionais ou de estrangeiros, era condição essencial para sua eficácia (Decreto de 14 de abril de 1834, art. 79; Decreto nº 520, de 11 de junho de 1847; Decreto n0 4.968, de 24 de maio de 1872, art. 213; Decreto nº 3.259, de 11 de abril de 1899, arts. 212 e 214). Sob o Decreto nº 84.451, de 31 de janeiro de 1980, ela é dispensada se há, no documento, a assinatura original do Cônsul do Brasil, dada sua eficácia em todo o território nacional. "Somente em caso de dúvida da autoridade judiciária sobre a autenticidade da assinatura de Cônsul do Brasil", diz o art. 22, parágrafo único, "o Ministério das Relações Exteriores, mediante solicitação daquela autoridade, autenticará a referida firma". Também são dispensados dessa legalização consular, para ter eficácia no Brasil, os documentos expedidos por autoridades de outros países, "desde que encaminhados por via diplomática, por governo estrangeiro ao Governo brasileiro". (art. 39).

2. *Conteúdo do art. 201 do Código Civil.* Pela análise do art. 201 do Código Civil, referente ao casamento por procuração, conclui-se que a procuração deve conter: *a)* Os *poderes especiais* para receber alguém, em nome do outorgante, convindo observar-se que a expressão "casamento", ou outra equivalente na língua em que for escrita a procuração, precisa vir claramente, a fim de não haver qualquer dúvida sobre o ato de que se incumbe o outorgado; *b)* O

nome da pessoa com quem vai casar-se o outorgante. Na 1ª edição do *Direito de Família* acrescentávamos: e o domicílio desse alguém". As obras posteriores de outros repetiram-no. Mas sem razão. Não é requisito essencial dizer-se o domicílio de pessoa com quem se vai casar o outorgante. É possível que ele dê a procuração exatamente para que alguém, que se possa locomover com mais facilidade, procure o paradeiro da pessoa com quem se quer casar. Nem a letra da lei brasileira, nem a do direito canônico, exigem que se diga o domicilio do outro nubente. O procurador ficará com a liberdade de satisfazer as exigências da lei, no lugar em que se encontrar a noiva ou o noivo do outorgante.

Tampouco exigiram o domicílio o Código Civil espanhol, art. 87, ou o do Uruguai, art. 100. Só o Código Civil da Venezuela, art. 114, além de exigir a determinação da pessoa, queria que figurassem as demais circunstâncias que, a respeito dos contraentes, devem constar do ato do matrimônio; *c)* O *regime do casamento.* Se a procuração não contiver esse último requisito, que não é essencial como os dois

primeiros, vigorará, quanto aos bens, o regime da comunhão parcial, salvo se for obrigatório, na espécie, o da separação de bens (cf. Código Civil, art. 258, parágrafo único, [-IV).

O

Decreto nº 181, de 1890, art. 44, limitava a procuração ao caso urgente e de força maior, em que um dos contraentes não pudesse transportar-se ao lugar da residência do outro, nem demorar o casamento. O Código Civil não fez essa exigência, admitindo a procuração, quaisquer que sejam as circunstâncias. E foi mais longe ainda (art. 201, parágrafo único): "Pode casar por procuração o preso, ou o condenado, quando lhe não permita comparecer em pessoa a autoridade, sob cuja guarda estiver"

3. *Lei pessoal e procuração.* Tratando-se de pessoa sujeita à legislação brasileira, como lei pessoal, a procuração pode ser do próprio punho do contraente, com reconhecimento da firma, ou por instrumento público. Em caso contrário, é preciso que a sua lei pessoal permita o casamento por procuração e, permitindo-o diga qual a forma em que deve ser feita, ou se a lei do lugar há de ser a seguida. A regra de direito internacional privado não permite que se aplique a lei brasileira como lei de forma, quando a lei pessoal do outorgante o vede. Nada tem a ver com o assunto a lei pessoal daquele com quem se vai casar o outorgante.

O substabelecimento da procuração depende da lei pessoal do outorgante. A lei brasileira não se referiu ao substabelecimento, nem cabe invocarem-se os princípios gerais do direito das obrigações. Trata-se de matéria de direito matrimonial, e vale o principio do direito canônico *(Codex luris Canonici,* cânon 1.089, § 4): "Ut matrimonium validum sit, procurator debet munere suo per se ipse fungi."

4. *Princípios próprios* do *direito de família.* Segundo os princípios que mostramos na introdução, as regras de direito das obrigações, inclusive as de mandato, não são subsidiárias do direito de família. No direito das obrigações, é possível a procuração para que o mandatário contrate consigo mesmo, em nome do mandante. isso não é permitido em matéria matrimonial. Não valeria a outorga de direito de familia para que o outorgado contraísse consigo mesmo, em nome do

outorgante, casamento. Houve quem pretendesse que o outorgado tivesse de ter o mesmo sexo que o outorgante, mas sem qualquer pertinência jurídica. influia, tão-só, o argumento de ser grotesco efetuarem-se as solenidades matrimoniais, presentes um noivo e o outorgado da noiva, ou a noiva e a outorgada do noivo. Velhas abusões.

5. *Representação de ambos os cônjuges.* APodem achar-se representados ambos os nubentes? O direito romano concedia o casamento *per literas, vel per nuntium,* ao marido, e não à mulher O Código Civil espanhol, art. 87, na redação anterior à Lei nº 30, de 7 de julho de 1981, art. 1ª, depois de dizer que o nubente se podia representar por mandatário com poderes especiais, advertia em que era necessária a assistência do outro contraente, domiciliado ou residente no distrito do juiz que devia autorizar o casamento.

O Código Civil brasileiro não veda que ambos se representem, nem os outros Códigos e o direito canônico contêm regra semelhante àquela do Código Civil espanhol. Nada obsta, tampouco, a que a mesma pessoa represente os dois noivos, pelo mesmo instrumento, ou por instrumentos diferentes, desde que as duas outorgas observem, de per si, as exigências da lei.

6. *Revogação dos poderes, loucura e morte do outorgan te.* Outro ponto em que não se devem invocar os princípios de direito das obrigações é aquele que diz respeito à revogação dos poderes, àloucura e à morte do outorgante.

A outorga de direito das obrigações supóe a ciência do outorgado, de modo que são eficazes os atos praticados enquanto o outorgado não sabe da revogação. Quanto aos terceiros de boa-fé, ainda que notificada ao outorgado a revogação, nenhuns hão de ser os seus efeitos (Código Civil, art. 1.318).

A procuração para contrair casamento é suscetível de livre revogação. Não importa saber-se se o procurador, ou se ele e o outro cônjuge tiveram, ou não, ciência da revogação dos poderes. Se, revogados, sem que o outorgado o saiba, foi contraído o casamento, consentimento

não houve e, pois, é anulável o casamento, com fundamento no art. 183, iX, do Código Civil, por se tratar de consentimento do outorgado, e não do outorgante. Dirse-á que é injusto; pois que o outro cônjuge confiou em que perdurasse o poder do procurador. Mas sem razão; primeiro, porque os prejuizos, que advierem, são prejuizos ressarcíveis, e não há negar-se o direito do contraente prejudicado à completa indenização por perdas e danos (Código Civil austríaco, § 76); segundo, se houve encontro entre os nubentes, após o casamento, com relações sexuais, ou qualquer ato de assentimento, cessada está a invalidade (desde que saiba ter-se efetuado o casamento aquele que deu a procuração, pois, ignorando-o, não haveria assentimento, salvo se mantida tacitamente ela): cessara a ineficácia.

O

Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de maio de 1930 *(RT* 74/360), teve ocasião de apreciar o caso de casamento feito por procurador quando já roto o noivado entre os nubentes. E a solução foi de acordo com os princípios.

Considerou-se nulo, aliás anulável, tal casamento.

A loucura superveniente ineficaciza a procuração. Se efetuado o casamento após a loucura, volta o outorgante à lucidez e,.conciente da efetuação do casamento, tem relações sexuais com a pessoa com quem foi realizado, ou pratica qualquer ato de assentimento, sanada está a invalidade decorrente da ineficacia.

O problema interessou, vivamente, aos canonistas, e andou bem a Igreja católica em assentar que, revogada a procuração, éinválido o casamento. Aliás, dá-se o mesmo se cai em demência o outorgante *(Codex luris Canonici,* cânon 1.089, § 3). Quer num caso, quer noutro, ainda quando o procurador ou a outra parte ignore a superveniência da revogação ou da demência *(licet sive procurator sive alia pars contrahens haec ignorauerint).*

A morte importa cessação dos poderes de representação para casamento. Porém, enquanto, no direito das obrigações, são válidos, a respeito dos contraentes de boa-fé, os atos ajustados em nome do outorgante pelo outorgado, no tempo em que o mandatário ignora a morte do mandante, não existe o casamento que foi contraido após a morte do mandante, ainda que a ignorem o procurador e o outro

nubente, ou a ignore um só deles. Não houve casamento. Aí, há *inexistência,* e não *invalidade.*

É possível que a pessoa em iminente risco de vida se case, segundo o art. 199, parágrafo único, do Código Civil, estando representado por procurador especial o outro cônjuge; mas o que está em iminente risco de vida só se casa, por procuração, se, no momento de se celebrar o casamento, na forma ordinária, ou em qualquer outra, que caiba, ainda vivia. Claro que, para ser usada, na ultima hipótese, a forma excepcional do casamento in *articulo mortis,* é preciso que se justifique também estar in *articulo mortis* o outro cônjuge, ou que, se só ele se acha em tais circunstâncias à procuração assistam as mesmas pessoas que vão participar da celebração do casamento. É, também, de se pensar o caso de estarem representados os dois nubentes, sendo de notar-se que, então, válido pode ser o casamento do art. 198 do Código Civil, porém não o do art. 199, parágrafo único, que é nuncupativo.

§ 780. Casamento por carta e por núncio

1. *Casamento por carta, ou por* núncio. O casamento por carta vem do direito romano, que o permitiu ao homem, quando ausente do seu domicílio, mas presente a esse a mulher. Na L. 5, D., di ritu *nuptiarum,* 23, 2, diz Pompônio que a mulher pode casar com o ausente desde que dele receba carta, ou enviado, e logo ingresse na casa do seu marido:

"Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur" Mas, se a mulher estiver ausente do lugar do domicilio do futuro cônjuge, não, porque se lhe exige a entrada solene na casa do marido, e não da mulher, uma vez que a casa do marido é que vai ser o domicílio do casamento: ... eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quase in domicilium matrimonii". Não tendo a representação, como temos, o direito romano empregava a carta, ou o núncio (Tomo III, §§ 308, 1, e 323).

2. *Direito contemporâneo.* O direito canônico não mais admite o casamento por carta, que se reconhecia sob o sistema tridentino (Causa Revennaten, 19 de janeiro de 1910; Rota, 30 de abril de 1910; cf. J. Bancarei, *Le Mariage entre absents en droit canonique,* 126). Durante muito tempo se confundiu com o casamento por procuração, que foi regulado, mais uma vez, no *Codex luris Canonici* de 1917. Aliás, muito diferente era a situação, porque só a aceitação era diante do *parochus* e das testemunhas, o que quebrava a unidade do ato, razão por que se exigia, na carta, a declaração de fazer a tradição do seu como e desde logo aceitar a do corpo do outro. O direito brasileiro não no tem por meio de carta, nem, sequer, por núncio.

§ 781. Existência e validade da procuração

1. *Existência, validade e eficácia.* E preciso que a procuração valha e seja eficaz. E preciso que tenha havido e haja a vontade e valha a outorga. A violência exercida sobre o outorgado fá-la inválida. Não assim a exercida sobre o procurador. Mas todo ato do que se casou, quando *possa* consentir, sana qualquer invalidade e tem eficácia ratificativa, se o caso é de inexistência da procuração. Sana as invalidades também o consentimento *simultâneo* ao casamento.

Coabitar é consentir; mas há muitas outras formas de consentimento, com efeito sanatório. A própria nulidade por vicio de forma da procuração torna-se inoperante.

2. *Consentimento, ainda posterior.* Nunca nos esqueçamos que a procuração *ad nuptias* até a celebração é retirável; mas, também, que a todo momento a vontade do que se vai casar ou se casou se pode *inserir.*

Se não houve procuração, não houve consentimento. Se houve, — ou se deu coação, ou outro vicio, ou defeito de forma, e tudo se resolve segundo os princípios. Mas se sobreveio consentimento, o casamento é, *vale* e *tem eficácia.*

Capítulo VII

Celebração do casamento civil

§ 782. Ato de celebração (forma ordinária)

1. *Simbolismo matrimonial.* Na antiguidade, o casamento revestia-se de formas sacerdotais, de velhos simbolismos hereditários. Essas sobrevivências etnológicas podem ser apreciadas na celebração do casamento romano e canônico, e rodeiam ainda hoje, em nossos costumes, o próprio casamento civil.

As fórmulas, que tinham de ser repetidas pelos nubentes, ou pelo presidente do ato, conforme dispunha o Decreto nº

181, de 24 de janeiro de 1890, arts. 27 e 28, são uma prova de que o Estado conservou ao casamento um pouco do seu originário caráter sacramental. O Código Civil não incluiu essas fórmulas, não porque as julgasse sem valor e significação, mas atendendo a que o processo civil competia aos Estados Federados e não à União: escrúpulo injustificável, pois em vários pontos do Código Civil se encontram regras de mero processo civil; nem por isso menos necessárias à boa interpretação do direito material.

Diziamos no *Direito de Família,* V ed.: "O Código Civil omitiu formalidade, aliás recomendável, que o Decreto nº 181, de 1890, inseria (art. 7ª): a leitura da lei civil nos pontos referentes a impedimentos. Convém, todavia, manter essa disposição do Decreto de 1890, corrigindo-se, assim, o lapso legislativo, até que o Código de Processo Civil, aparecendo, supra a lacuna, se disso se lembrarem os legisladores. Demais, o Código Civil só revoga o direito anterior no que concerne às matérias de direito civil reguladas por ele (art. 1.897). O Decreto de 1890, na parte processual, continua a ser direito vigente, pois que o Código evitou legislar a respeito. E a formalidade da leitura, como outras (per guntas etc.), devem ser observadas, até que leis estaduais, ou do Congresso Nacional em relação ao Distrito Federal e Território do Acre, implicita ou explicitamente as revoguem." A legislação processual voltou ao poder legislativo central, desde o art. 5Q, XIX, *a,* da Constituição de 1934 (Constituição de

1988, art. 22, 1, 12 parte). Na prática, raros são os juizes que se têm afastado da estreita observância do art. 194 do Código Civil, não se preocupando com a forma das perguntas e a leitura dos impedimentos.

2. *Tempo e lugar;* pessoas *presentes.* O casamento civil celebrar-se-á no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir ao ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão passada pelo oficial do registro (Código Civil, arts. 192 e 181, § 1ª).

A solenidade efetua-se na casa das audiências, com toda a publicidade, a portas abertas, presentes, pelo menos, duas testemunhas, parentes, ou não, dos contraentes, ou, em caso de força maior, querendo as partes, e consentindo o juiz, noutro edifício, público ou particular. Quando o casamento for em casa particular, ficará essa de portas abertas durante o ato, e, se algum dos contraentes não souber escrever, serão quatro as testemunhas (art. 193, parágrafo único). Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que persistem no propósito de casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nesses termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados" (art. 194). Pelo Decreto nº 181, arts.

26-28, depois de lido o texto da lei referente a impedimentos, perguntava o juiz se os nubentes casavam de livre e espontânea vontade, e, no caso de afirmativa, convidava-os a repetirem na mesma ordem, e cada um de per si, a fórmula legal do casamento. A fórmula, para a mulher, era a seguinte: "Eu, E, recebo a vós, E., por meu legitimo marido, enquanto vivermos"; e, para o homem, *mutatis mutandis.* As fórmulas acima, tiradas do Decreto nº 181, são, com ligeira alteração, as do casamento católico. No direito romano, a mulher, para testemunhar que a sua existência se confundiria, em todos os tempos, com a de seu marido, pronunciava a fórmula antiga:

"Quando tu Gaius, ego Gaia."

3. *Declarações e testemunho.* Nubentes e testemunhas hão de estar presentes, de modo que se não justificaria o casamento pelo telefone,

mas, em situações excepcionais, nada obstaria ao casamento entre pessoas que se estivessem a ver, ou que se pudessem comunicar, ainda que não se achassem próximas uma da outra, desde que as testemunhas vissem a ambas e lhes ouvissem as declarações. E o caso do casamento entre dois presos em cubículos fronteiros, ou em dois cubículos de parede-meia, desde que se possam identificar e ouça cada um deles a declaração do outro. As testemunhas é que precisam ouvir a ambos e reconhecê-los.

Se o casamento é possível por meio de televisão, associada à audição à distância, depende da lei, e, nos termos atuais do Código Civil, não seria de admitir-se.

De regra, as declarações dos nubentes são feitas em língua portuguesa. Nada obsta, porém, a que o façam noutra lingua, servindo-se de intérprete.

4. *Nôo-simultaneidade das cerimônias nupciais.* A cerimônia nupcial não pode ser feita ao mesmo tempo que outra cerimônia nupcial. Tem-se de ultimar uma, para que se comece a outra. Todavia, realizada uma e, após, outra, não há inconveniência em que os assentos sejam assinados depois das celebrações, devendo observar-se a ordem em que foram celebrados os casamentos.

5. *Palavras do juiz.* A lei diz quais são as palavras que deve pronunciar o juiz (art. 194). São toleráveis formalidades supérfluas, tais como discursos, inclusive do juiz, alusivos ao ato. Entram em tal classe os atos simbólicos de alguma religião, tais como a troca das alianças. As palavras que o juiz pronuncia são integrativas do ato do casamento, que é negócio jurídico formal; de modo que éociosa a discussão sobre ser declarativo ou constitutivo o ato do juiz: a integração do negócio jurídico, a que serve, exclui que se lhe atribua, sequer, atestação ou certificação; faz parte da formação mesma do negócio jurídico.

§ 783. Ato de celebração (formas excepcionais)

1. *Fim do* casamento. O fim principal do casamento, pelo menos sob o ponto de vista sociológico, é a procriação; mas acontece, às vezes, que uma instituição jurídica, que se estabelece com fim determinado, admite, na prática, utilizações que a analogia ou a eqüidade impõe. Exemplo disso é o casamento in *extremis vitae momentis,* que teve entrada em quase todas as leis modernas. Nele, a vida em comum espera-se não ser possível, e isso não impede, entretanto, que a união legal produza os demais efeitos civis. A lei concede a esses casamentos, de fins quase sempre humanitários, dispensa de formalidades, inclusive a presença da autoridade e do oficial do registro. Na realidade, os fins do casamento *in extremis* são os seguintes: *a)* legitimar os filhos já nascidos; *b)* dar o titulo de consorte a uma concubina, ou noiva; c) estabelecer a comunhão universal, ou parcial, de bens; *d)* permitir a sucessão etc.

2. Formos *excepcionais.* O Código Civil conhece duas formas excepcionais de casamento civil, que são inconfundíveis entre si, posto que seja confusa a apresentação delas no texto legal: *a)* O casamento em caso de moléstia grave de um dos nubentes, que éprevisto no art. 198, sem dispensa do presidente do ato (autoridade competente, ou substituto legal).

b) O casamento em caso de iminente risco de vida *(in articulo mortis),* de que tratam o parágrafo único do art. 199 e o art. 200. *De lege ferenda,* a distinção não colhe justificativa. Mas está na lei, com diferenças graves no tocante às formalidades de um e de outro dos casamentos. Em todo o caso, estando alguém com moléstia grave, que justifique urgência do casamento, como saber-se se está *in articulo* mortis, tanto mais quanto o Código Civil prevê, no art. 200, §

59, a convalescença daquele que se achava nas situações do art. 199, 11?.

3. *Dados históricos sobre o casamento* in extremis. Os casamentos in *extrem* is, ou por simples gravidade da moléstia, ou por iminente risco de vida, podem não ter a finalidade da *copula cama lis;* de modo que se levanta a questão de se saber se, convalescendo o cônjuge em perigo, pode ser pedida a anulação por ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge, ou da sua descendência (art. 219, III). O naturalismo da Igreja católica

chegou a pôr em dúvida a validade dos casamentos in *extrem is,* porque nos nubentes podia não haver a intenção de os consumar. O antigo direito francês (Ordenança de 1639, art. 6; Edicto de 1697) considerava nulidade ser *in extremis uitae* a celebração. Certo, pode ter sido a morte próxima elemento decisivo para o casamento: a mulher ou o homem só consentiu em casar-se por se achar in *articulo mortis,* ou por in *articulo mortis* se achar o outro nubente. De modo que, prevalecendo o casamento, faltaria o consentimento, e isso nos levou, em 1917, à solução de que o defeito físico irremediável, inclusive a impotência, não poderia ser invocado em tal hipótese. Não nos parece, hoje, que tal decisão seja certa. Não temos o casamento condicional. Quem aceita casar-se aceita-o com todas as conseqUências, esperadas ou não. Poder-se-ia argu-mentar que, ao casar-se com o que se acha perto da morte, o nubente *sabe* que não vai ter vida em comum, nem filhos, e, pois, tal suposição vale ciência da causa que se pudesse, depois, invocar. Mas seria sem razão. A Igreja católica ainda discute se é condição *contra* substantiam *matrimonji* a obrigação de não ter relações sexuais, entrando em distinções de grande sutileza, mas, em verdade, faltaria á tradição do *ius ad copulam.*

Se convalesce o que estava em perigo de vida e o outro cônjuge não pode ter relações sexuais, é anulável o casamento, desde que tal impossibilidade era ignorada ao tempo do casamento. Dá-se o mesmo, em ação do outro cônjuge, se a impossibilidade é da parte do que se achava em perigo de vida.

O Código Civil conhece, conforme dissemos, duas formas excepcionais do casamento civil: uma, em caso de moléstia grave de um dos nubentes; outra, em caso de iminente risco de vida. A Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, que regulava o casamento religioso com efeitos civis, possuía o casamento em caso de iminente risco de vida, mas com formalidades diferentes das que adota o Código Civil. A Lei nº 6.015, art. 74, merece estudo àparte.

Sobre a justificação posterior, a Lei nº 6.015, art. 76, §§ lº-5º.

§ 784. Casamento em caso de moléstia grave

1. O *Código Civil, art, 198.* No caso de moléstia grave de um dos nubentes, diz o art. 198 do Código Civil, o presidente do ato irá celebrá-lo na casa do impedido, e, sendo urgente, ainda à noite, perante quatro testemunhas, que saibam ler e escrever (art. 198, *pr.)*. A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir ao casamento suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do registro civil por outro *ad hoc,* nomeado pelo presidente do ato (§

1ª). O termo avulso, que o oficial *ad hoc* lavrar, será levado ao registro no mais breve prazo possível (§ 2v). Para a efetuação desse casamento, o oficial do registro, mediante despacho da autoridade competente, à vista dos documentos exigidos por lei, dará a certidão de habilitação (art. 199), independentemente do edital de proclamas.

2. *Lugar em que se celebra o ato.* A celebração de que trata o art. 198 há de ser "na casa do impedido". Casa, aí, está por lugar onde se acha aquele que está atacado de moléstia grave. Talvez hospital, casa de saúde ou posto de assistência. Por cedo que bastará a residência de outrem, em que se encontre, sem ser especialmente para o casamento, o nubente doente, não se devendo celebrar tal casamento em casa de terceiro quando se não justifique, por alguma circunstância estranha ao fato da celebração, a permanência do nubente em tal lugar. A noiva ou o noivo, que se hospeda na casa da futura sogra ou sogro, ou da futura ou futuro consorte, pode aí casar-se. Resta saber-se se, tendo a lei cogitado da casa do impedido, que é o que mais acontece nos casos de moléstia grave, fica vedado celebrar-se o casamento na casa das audiências do presidente do ato. A resposta tem de ser negativa. Quem pode o mais pode o menos. A celebração na casa do impedido é concessão, e não imposição da lei.

3. *Casamento* à *noite.* O casamento ordinário é o de dia. O do art. 198 pode ser à noite. Quando realizado durante o dia, o número de testemunhas é o mesmo do art. 193 (duas). Quando durante a noite, perante quatro testemunhas, que saibam ler e escrever. Saber ler e escrever constitui, portanto, exigência a mais. Por igual, o acréscimo de mais duas testemunhas, com o que se quer, nas celebrações noturnas, maior segurança testemunhal. Quanto à moléstia grave, compreende-se que, ao pedir a celebração excepcional, dela dê prova aquele que invoca o art. 198. O presidente do ato é que decide, devendo-se, porém, entender que, existindo a moléstia grave, lhe cabe

o dever da celebração na casa do impedido, ou na casa das audiências, de dia, ou de noite, com o número legal de testemunhas. A lei civil não disse qual a prova suficiente, nem seria prudente qualquer enumeração taxativa. Há moléstias graves de si mesmas evidentes. O

atestado médico ébastante. Convém, todavia, que se não restrinja a esse atestado a prova da moléstia grave, não só porque pode não haver médicos no lugar ou na ocasião, como também porque o atestado exige certas formalidades que talvez retardassem o ato urgente.

Para que o casamento se faça à noite, é preciso que haja urgência; portanto: moléstia grave de um dos nubentes, mais ur-gência que justifique a celebração à noite. Também ai cabe ao presidente do ato a apreciação do que se lhe pede, nascendo-lhe o dever de realizar o casamento, de noite, se não é prudente aguardar-se o dia.

Se a autoridade, que há de presidir o ato, se recusa a ir celebrá-lo na casa do impedido, ou, sendo urgente, à noite, incorre nas penas do art. 227 do Código Civil e das leis criminais ou disciplinares (art. 228,1V). Se a autoridade competente em primeiro lugar se recusa, constitui isso caso de falta, e podem os nubentes pedi-lo aos substitutos legais, na ordem prevista pela legislação. Cada autoridade que se recusa fica sujeita às penalidades.

4. Oficial ad hoc. O oficial *ad hoc,* previsto nos §§ 1ª e 2ª do art. 198, não tem consigo os livros de registro civil, ainda quando se trate de empregado do cartório. Por isso é que lhe cabe lavrar o termo avulso, isto é, fora dos livros do registro, para que, posteriormente, seja registrado no Registro Civil de Pessoas Naturais.

O

Código Civil (art. 198, § 29 diz que o termo avulso, que o oficial *ad hoc* lavrar, "será levado ao registro no mais breve prazo possível". O Decreto nº 18.542, de 24 de dezembro de 1928 (Regulamento anexo), art. 83, acrescentou: "No caso do art. 198 do Código Civil, o termo avulso lavrado pelo oficial *ad hoc* será transcrito no respectivo registro dentro de cinco dias perante quatro testemunhas, ficando arquivado." Na 2ª edição, argumentamos: Diante dos dois preceitos, há quem diga que o termo avulso deve ser levado, depois do Decreto nº 18.542,

dentro de cinco dias, contados na lavratura. O Decreto nº 18.542 teria revogado o art. 198, § 2ª, do Código Civil. Primeiro, tal interpretação destoaria do principio que manda não se entender como revogatória, ou derrogatória, da norma contida na lei, a norma contida em regulamento ou decreto do poder executivo. Segundo, tal inteligência confundiria a *obrigação de levar o termo avulso ao oficial do registro* e a *obrigação do registro, quando entregue* o *termo.* Não é possível pensar-se em prazo para que o termo avulso seja levado ao cartório do registro civil, e fez bem a lei em somente falar em prazo breve, "o mais breve possível". Basta pensar-se em celebração em lugar que diste mais de cinco dias do cartório, ou em impossibilidade de a ele se chegar em tal tempo.

No caso do art. 198 do Código Civil, repetiu o Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, que o termo avulso lavrado pelo oficial *ad hoc* seria transcrito no respectivo livro de registro dentro de cinco dias, perante quatro testemunhas, ficando arquivado. A argumentação que desenvolvemos a respeito do Decreto nº 18.542 também tinha pedinência quanto ao Decreto nº 4.857: primeiro, porque se trata de decreto, e não de Decreto-Lei, menos ainda de lei; segundo, porque, como o Decreto nº 18.542, o Decreto nº 4.857 não podia excluir casos como, por exemplo, o de estar longe, a mais de cinco dias de viagem, o cartório mais próximo.

Qual a sanção? A de nulidade do casamento, impossível. A de perda de eficácia também. ~A de não mais poder ser registrado? De modo nenhum. Não havia, portanto, sanção, senão as de ordem fiscal e disciplinar.

5. *Testemunhas.* As duas testemunhas ou quatro testemunhas, a que se refere o art. 198, podem ser parentes dos contraentes, ao contrário do que se passa com as seis testemunhas do casamento nuncupativo (art. 199, parágrafo único).

§ 785. Casamento em iminente risco de vida

1. *Pressuposto da proximidade da morte.* No caso de *iminente* risco *de vida,* isto é, caracterizada, não só a gravidade, mas também a proximidade da morte, se os contraentes não obtiverem a presença da autoridade a quem incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderão celebrá-lo em presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, em segundo grau, isto é, que não sejam ascendentes, descendentes, sogros, irmãos, genros, ou cunhados, padrastos, madrastas, ou enteados dos contraentes (art. 199, parágrafo único). As seis testemunhas comparecerão, dentro do prazo legal, ante a autoridade judicial mais próxima, pedindo que se lhes tomem por termo as seguintes declarações (art. 200): *a)* que foram convocadas por parte do enfermo; *b)* que esse parecia em perigo de vida, mas em seu juízo; c) que em sua presença declararam os contraentes livre e espontaneamente receberam-se por marido e mulher.

Em tal forma excepcional, só permissível ao casamento *in articulo mortis,* é prescindível a certidão de habilitação; pois, autuadas as declarações, o juiz, que ouvirá o órgão do Ministério Público, procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado para o casamento, na forma obrigatória, e após a oitiva dos interessados, que o requererem, bem assim do órgão do Ministério Público, dentro do prazo de cinco dias, decidirá em igual prazo por meio de sentença apelável com ambos os efeitos. Passada em julgado, efetiva-se o elemento mandamental da decisão, com seu registro no Livro de Casamento (Lei nº 6.015, ads. 33, II, e 76, § 5º).

2. *Questões relativas* à *impediência.* Várias questões podem surgir quanto à impediência, já aqui verificada após a celebração. Se a mulher ou o marido é menor, e o pai, tutor, ou curador, não assentiu, nem o juiz deu suprimento, poderá esse suprir o assentimento depois de celebrado o ato? Sim, salvo o recurso para a instância superior, quanto a essa decisão do juiz.

Outra hipótese: se é menor a mulher, e não houve assentimento do pai, tutor, ou curador, mas o contraente, convalescido, ou, mesmo, antes de falecer, declarou às testemunhas ter deflorado a nubente, antes ou depois da celebração apode ser considerado válido o casamento? Sim, porque os impedimentos dirimentes de idade e assentimento paterno, tutelar ou curatelar, sofrem duas exceções:

uma, quanto à idade, para se evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal, pois que, embora não seja mais possível a pena por ter falecido o agente, a regra deve ser aplicada ao caso análogo, uma vez que é omissa a lei; outra, quanto à idade e ao assentimento, no caso de resultar gravidez do casamento efetuado. O crime confessado deve ficar, todavia, *se* se *exigir, s* ujeito a corpo de delito. A matéria permite maior estudo, que adiante faremos.

3. *Cópula carnal e casamento* in articulo modis. Se do casamento *in articulo mortis* resulta cópula carnal com mulher menor nenhuma impediência subsiste, pois seria desfazer-se o casamento de que proveio ato sexual proibido quando, se tal ato houvesse precedido o casamento, nenhum impedimento existiria, por força do art. 214. Cumpre, além disso, observar-se que maior fundamento moral existe para se não invalidar um casamento que foi a causa das relações sexuais do que para se apagarem a impediência e a dirimência nos casos de cópula anterior ao casamento.

4. Decisão da autoridade e recurso. Verificada a idoneidade dos cônjuges para o casamento, assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntário às partes. Se da decisão não se tiver recorrido, ou se ela passar em julgado, apesar dos recursos interpostos, o juiz mandará registrá-la no livro do registro dos casamentos. O assento assim lavrado retrotrairá os efeitos do casamento quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração, e, quanto aos filhos comuns, à data do nascimento. Se o enfermo convalesce, podem ser dispensados o comparecimento das testemunhas e as formalidades de declaração, uma vez que possa ele próprio ratificar o casamento perante o juiz e o oficial do registro.

Sem a ratificação, convalescendo o cônjuge enfermo, atem eficácia o casamento, uma vez que se trata apenas de concessão da lei, só admissível *in extremis vitae?* Se as testemunhas compareceram e se o convalescente não impugnou o casamento, é eficaz, pois a lei não exige a ratificação, — apenas a admite, para se dispensarem as formalidades ligadas à nuncupatividade.

5. *Pressupostos do casamento nuncupativo.* Os pressupostos para o

casamento nuncupativo, in *articulo mortis,* são: o iminente risco de vida de um dos contraentes; a não-obtenção da presença da autoridade, a quem incumba presidir o ato, nem a de qualquer dos seus substitutos, quer por falta, quer por impedimento, quer por simples recusa; a presença de seis testemunhas, que nao tenham parentesco, em linha reta, ou, na colateral, em segundo grau, com os nubentes.

À diferença do que ocorre com o casamento do art. 198, cujo termo avulso, lavrado pelo oficial *ad hoc,* tem de ser levado ao registo "no mais breve prazo possível", o casamento nuncupativo dos ads. 199, parágrafo único, e 200, tem de ser levado, dentro de cinco dias, em declarações das testemunhas, à autoridade judicial mais próxima, o que exclui até ai a exigência da competência ordinária. Tomadas por termo as declarações, ou coincide ser tal juiz que as tomou o competente para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado, ou não é competente para o processo a autoridade judicial mais próxima, perante a qual se prestaram as declarações, e, então, o pedido autuado e as declarações prestadas devem ser entregues, em remessa por despacho, ao juiz competente, uma vez que é explícito o Código Civil, no art. 200,

§ 2ª, onde diz que, "verificada a idoneidade dos cônjuges para o casamento, assim o decidirá a autoridade *competente,* com recurso voluntário às partes". O Decreto nº 18.542, art. 84, nenhum concurso trouxe ao esclarecimento do registro do casamento nuncupativo; apenas preceituou: "Do casamento nuncupativo será tomado assento, nos termos dos ads.

199 e 200 do Código Civil."

Lia-se no art. 745 do Código de Processo Civil de 1939: "Nos casamentos celebrados em iminente risco de vida, sem a presença da autoridade competente, os depoimentos das testemunhas serão reduzidos a termo, dentro de um triduo, pelo processo das justificações avulsas, e o juiz verificará se os contraentes poderiam ter-se habilitado na forma comum e decidirá, afinal, no prazo de dez dias, ouvidos os interessados que o requererem." O art. 745 não havia excluido a justificação perante o juiz mais próximo, que está no Código Civil. O tríduo era para a produção dos depoimentos.

O Código Civil disse, no art. 200; "Essas testemunhas" — as do casamento segundo o art. 199, II, e parágrafo único —

"comparecerão dentro *em cinco dias* ante a autoridade judicial mais próxima, pedindo que se lhes tomem por termo as seguintes declarações: 1 - Que foram convocadas por parte do enfermo. II - Que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo. III - Que em sua presença declararam os contraentes livre e espontaneamente receber-se por marido e mulher." No § 1º continuou: "autuado o pedido e tomadas as declarações, o juiz procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado para o casamento, na forma ordinária, ouvidos os interessados, que o requererem, *dentro em quinze dias".*

A Lei nº 6.015, no art. 76, pr., estatui: "Ocorrendo iminente risco de vida de algum dos contraentes, e não sendo possível a presença da autoridade competente para presidir o ato, o casamento poderá realizar-se na presença de seis testemunhas, que comparecerão, *dentro de cinco dias,* perante a autoridade judiciária mais próxima, a fim de que sejam reduzidas a termo suas declarações." No § : "Autuadas as declarações e encaminhadas à autoridade judiciária 2ª

competente, se outra for a que as tomou por termo, será ouvido o órgão do Ministério Público e se realizarão as diligências necessárias para verificar a inexistência de impedimento para o casamento." E no § Q; "Ouvidos dentro em 3

5 (cinco) dias os interessados que o requererem e o órgáo do Ministério Público, o juiz decidirá em igual prazo.

O Código de Processo Civil, art. 745, que esteve em vigor até 31 de dezembro de 1975 (Código de 1973, art. 1.218, IX; Lei nº 6.015, art. 298), veio estatuir: "Nos casamentos celebrados em iminente risco de vida, sem a presença da autoridade competente, os depoimentos das testemunhas serão reduzidos a termo, *dentro de um tríduo"* — note-se bem: o depoimento das testemunhas, e não a comparecência, que continuava regida pelo art. 200 do Código Civil, hoje pelo art. 76, pr., da Lei nº 6.015 — "pelo processo das justificações avulsas, e o juiz verificará se os contraentes poderiam terse habilitado na forma comum e decidirá, afinal, no prazo de 10 (dez) dias, ouvidos os interessados que o requererem".

O qúinqúídio não fora substituído pelo tríduo. Aquele concerne à *comparência;* esse, dizia respeito, sob o art. 745 do Código de 1939, à *tomada dos depoimentos das testemunhas.* Restava a questão de se saber se o art. 745, *in fine,* do Código de Processo Civil, derrogou o art. 200,

§ 1ª, do Código Civil, que fixara *quinze dias.* Aí é precípuo saber-se se o prazo da quinzena se referia à audiência dos interessados, *ou* a ela e à decisão do juiz. Ora, o prazo do art. 200, § 1ª, não era o prazo para os *proclamas* e a *oposição de impedimentos,* e sim para o *processo da transformação do casamento nuncupativo.* O tríduo referido na lei processual anterior já era parte desse prazo que o Código de Processo Civil, art.

745, fizera em duas partes: três dias *mais* dez dias. Se os interessados eram ouvidos dentro dos dez dias, que eram também para a decisão final, ou se havia três partes (três dias, mais quinze dias, *mais* dez dias), respondia o Código de Processo Civil, art. 745, *verbis* "e o juiz verificará se ... e decidirá, afinal, no prazo de dez dias, ouvidos os interessados que o requererem . O Código de Processo Civil, art. 745, havia derrogado, aí, o Código Civil, e veio a ser revogado,

nesse ponto, pela Lei nº6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 76, §§ 2ª e Ainda merece referência, devido à confusão que a lei mesma estabelece, a circunstância de vir a forma excepcional do casamento *in articulo mortis,* não como artigo especial, como acontece ao casamento no caso de moléstia grave de um dos nubentes (art. 198), mas no parágrafo único do art. 199, que é destinado à regulamentação da dispensa do edital de proclamas. O art. 199 menciona os dois casos, um mais geral e outro nele subsumível, de pressuposto suficiente para a dispensa do edital, de que cogita o art. 181. Depois disso é que o parágrafo único do art. 199 acrescenta: "Neste caso , de modo que pareceu, à primeira vista, que o casamento, de que se trata no art. 199, parágrafo único, somente se permitiria, quando fosse dispensada a publicação do edital de proclamas, estando algum dos contraentes em iminente risco de vida. A expressão "neste caso" refere-se, gramaticalmente, ao art. 199, II.

Lógica e juridicamente, os contraentes podem recorrer ànuncupatividade quando tiver havido dispensa do edital, por estar algum dos contraentes em iminente risco de vida, ou quando tal iminente risco de vida só tenha surgido após a publicação dos editais e a extração da certidão ordenada no art. 181, § 1ª, ou, tendo surgido antes, da dispensa não se tenham valido os nubentes. Aliás, conforme interpretação, que demos em 1917 e prevaleceu na doutrina e na jurisprudência, o casamento nuncupativo implica dispensabilidade da própria certidão ordenada pelo art. 181, § 1ª, de modo que há a dispensa do edital e proclamas e a dispensa da certidão mesma, sem o que estaria enormemente prejudicada a instituição do casamento *in articulo mortis.*

6. *Se o casamento do art. .799, parágrafo único, pode ser Jeito perante autoridade. ~Quid iuris,* se estão os contraentes, ou se está um deles, em iminente risco de vida e, não mais podendo preparar documentos e pedir dispensa do edital de proclamas, falta o pressuposto da não-obtenção da presença da autoridade? Note-se a especialidade da questão: há a máxima urgência, não há tempo para as formalidades preparatórias e os nubentes, que poderiam casar-se em presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na linha colateral, em segundo grau, têm ao seu alcance a autoridade competente. Se a autoridade pode funcionar, temos o casamento in *articulo mortis* sem a nuncupatividade; se a autoridade não pode funcionar, o casamento do art. 199, parágrafo único, é sempre nuncupativo.

Alguns autores têm pretendido que a autoridade pode funcionar a despeito de todas as formalidades exigidas no art. 200.

Mas é sem qualquer fundamento na lei tal interpretação. Não se tem o casamento civil in *articulo mortis,* segundo o art.

199, parágrafo único, sem nuncupatividade. A autoridade que funcionar, não funciona em nome do Estado, porque em nome do Estado, portanto como *autoridade,* somente poderia celebrar o casamento diante da certidão do art. 181, § IY, quer com o processo dos ads. 192-194, quer com o processo do art. 198 e §§ 12 e 2ª e sim como *uma* das seis testemunhas. Terá de comparecer para prestar as declarações a que se refere o art. 200, o que não ocorreria se tivesse funcionado (ads. 192-194, 198) como *autoridade.* O Estado não pode submeter a sua autoridade a participação precária, sujeita a comparência dentro de cinco dias, com a exigência de serem concordantes as seis testemunhas.

7. *Limites da competência do juiz.* É absolutamente exigida a co-presença dos contraentes, ou de um deles e do procurador do outro, e das testemunhas (6ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 27 de junho de 1933, RD

110/428). Se bem que seja preciso haver o risco de vida, a iminência da morte, o juiz, que depois toma por termo as declarações das testemunhas e decide, nenhuma competência tem para exigir a prova de que se não pôde obter a presença da autoridade, ou a satisfação dos atos preparatórios (Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de abril e 14

de outubro de 1896, GJ *SP* 13/15; 6ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 10 de março de 1931, *RD* 102/426).

§ 786. Suspensão do ato da celebração

1. *Casos de suspensão.* Suspende-se a celebração do casamento: *a)* Se os pais, tutores, ou curadores, retratarem o seu assentimento. A respeito, é explícito o Código Civil, no art. 187: "Até àcelebração do matrimónio podem os pais, tutores e curadores retratar o seu consentimento"; *b)* Se for apresentada por pessoa competente, que alegue um dos impedimentos expressos na lei, declaração escrita, assinada e instruída, da existência de algum. A lei cominou penas ao juiz que celebrar casamento antes de levantados os impedimentos opostos (art. 228, 1). Como fica salvo aos nubentes promover a ação de indenização, se o impediente estiver de má-fé, é justo que se atenda, até à última hora, a qualquer oposição escrita e assinada pelo declarante e instruída com as provas do fato. Se a pessoa for evidentemente incompetente, ou não for causa impeditiva o que se alega, pode o juiz continuar a celebração; *c)* Se algum dos contraentes recusar solene afirmação da sua vontade, ou se declarar que essa não é livre e espontãnea, ou, ainda, quando se manifestar arrependido. Também aqui o Código Civil é explícito (art. 197,I-III), acrescentando o parágrafo único: "O

nubente que, por algum destes fatos, der causa à suspensão do ato, não será admitido a retratar-se no mesmo dia." Dia, aí, concreto.

2. *Casamento* in articulo modis. Em se tratando de casamentos *in articulo mortis,* sujeitos, portanto, às formalidades do art. 200 e, da Lei nº 6.015, art. 76, inclusive o processo para a verificação de não haver impedimentos, só a recusa da solene afirmação dos nubentes é causa suficiente para a suspensão do ato da celebração nuncupativa.

Se os pais, tutores ou curadores retratam o assentimento, ou o negam desde logo, a impediência só se apurará depois, na fase das diligências a que se refere o art. 76, § 2ª, quando são cabíveis quaisquer oposições e os recursos ou suprimentos que a lei reconhece às partes.

Morto o nubente, o sobrevivo e o tutor ou curador *ad* hoc, que se nomear, por haver colisão entre o interesse do pai, do tutor, ou do curador, e do filho, tutelado ou curatelado, podem recorrer, ou pedir

suprimento. E preciso que tudo se passe no periodo da habilitação, tornado, por força das circunstâncias, *posterior* á celebração do casamento, como se teria passado, se fosse, normalmente, *antes.* A única diferença está em que o outro nubente já é, então, pessoa interessada.

Capítulo VIII

Casamento perante autoridade religiosa

§ 787. Direito vigente no Brasil

1. *As Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, e 1988.* A Constituição de 1934, no art. 146, dispunha: "O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no registro civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidade para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento." Diferente era a Constituição de 1891, que, no art. 7º § 4º estatuia: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita." A Constituição de 1937 não cogitou do casamento civil, nem do casamento religioso. Isso quer dizer que o deixara à legislação ordinária. A lei era dado adotar só o casamento civil, ou só o casamento religioso, ou os dois. O único problema que poderia existir seria o de se saber se a legislação sobre o casamento religioso fora revogada pela Constituição de 1937. A resposta teve de ser negativa, convindo mesmo salientar-se que se tratava de um dos casos em que não só permanece a legislação ordinária como também os princípios constantes da Constituição de 1934 lograram continuar como regras de legislação ordinária. O assunto, de técnica interpretativa, foi versado, se bem que de leve, por CarI Schmitt e, mais largamente, por nós (cf. CarI Schmitt, *Verjas sungslehre,* 94 e 28: "Determinações *legais* constitucionais, *veriassungsgesetzliche Bestimmungen,* podem seguir valendo como determinações legais, depois de se haver posto de lado a Constituição ainda sem especial reconhecimento legal"; nossos *Cometitários á Constituição de 1937,* II, 176).

Em virtude do art. 146 da Constituição de 1934, as leis ordinárias não podiam extinguir o casamento civil, nem fazê-lo dependente do casamento religioso, ainda que se falasse de qualquer casamento religioso. A celebração do casamento era sempre gratuita, quando se tratasse de casamento civil (nada se disse sobre o casamento religioso). Permitiu-se o registro civil de qualquer casamento religioso,

desde que o rito (note-se bem: o rito) não contrariasse a ordem pública e os bons costumes. A habilitação, ainda assim, era perante a autoridade civil, e nela, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, tinham de ser observados os princípios da lei civil. Se não-domiciliados ambos os nubentes, ou um só deles, a lei pessoal estrangeira seria observada quanto a ambos, quanto a cada um respectivamente, ou quanto ao que é estrangeiro, conforme os princípios do direito internacional privado do Estado da lei pessoal. Quanto às penalidades no tocante à celebração do casamento, a Constituição deixou que a lei ordinária as determinasse. Tudo que acima dissemos, persistiu *corno legislação ordinária,* depois da Constituição de 1937 e da redemocratização do país, com a Constituição de 1946, art. 163, §§ 1ºe 2ª, e, bem assim, com a Constituição de 1967, art. 167, §§ 2ª e 3ª, inclusive com a Emenda nº 1, de 1969, art. 175, §§ e 3ª, e com a Constituição de 1988, art. 226, § 2ª.

2. *Lei pessoal.* O casamento religioso precisa ser permitido pela lei pessoal do nubente. Quando ambos os nubentes são sujeitos àlei brasileira, nenhuma questão surge: os que se acham no Brasil, podem casar no religioso, desde que se habilitem, de acordo com as leis, perante a autoridade civil e o registrem no registro civil. Se estão no estrangeiro, podem habilitar-se perante a autoridade civil e casar-se no religioso (se for permitido no Estado em cujo território se achem) e, se esse Estado admitir que se habilitem perante as suas autoridades e se casem fora, casar-se no religioso no Brasil, inscrevendo o casamento religioso no Brasil.

O

Estado da lei pessoal é o competente para dizer qual a lei que deve reger a forma do casamento. Por isso, o casamento tem de obedecer à única ou às duas regras de sobredireito: a lei que rege a forma deve ser autorizada pelo Estado interessado, ou pelos dois Estados interessados, se os nubentes forem de leis pessoais diferentes, ou, se apátrides, submetidos a estatutos diferentes. O que é forma, diz o estatuto de cada um. Se basta o casamento por bem dizer sem-forma da *lex loci,* di-lo o Estado da lei pessoal. No caso de resposta negativa, se tal casamento vale quando com o registro. Se cabe a regra *Locus regit actum,* ou se não cabe, se a regra é facultativa, ou obrigatória, ou se a forma deve obedecer a outra lei, se vale, ou não, o casamento nos consulados, ou legações, ou se deve ser, obrigatoriamente, neles, ou

em que casos deva ser, também é o estatuto de cada um que decide.

Não se pode negar ao Estado o direito e, ainda mais, o dever de velar, dentro do seu espaço, pelos interesses gerais. O

casamento é ato que vai muito fundo na vida civil, com todo um séquito de conseqUências de direito privado e de direito público. Só o Estado pode decidir, por sua lei, sobre a obrigatoriedade e a facultatividade do casamento civil, e não há desconhecer-se-lhe o direito de exigir dos ministros das confissões religiosas que observem certas formalidades a mais, anteriores ou posteriores àcelebração religiosa. Sobre o Estado e a Igreja e as respectivas jurisdições, Paul von Hoensbroech *(Die Civilebe,* 15).

3. *Habilitação dos nubentes.* A habilitação dos nubentes, a verificação dos impedimentos e o processo da oposição, bem como o registro civil, são, por força da lei mesma, e, hoje, com possibilidade de alteração ou atenuação pelas leis ordinárias (que, se discordarem, revogarão os textos atuais), *estatais.*

Assim, seria de admitir-se lei que, para os casamentos religiosos, de todas, ou, *a Jortiori,* de uma ou algumas religiões, estabelecesse regras especiais de habilitação, verificação dos impedimentos, processo da oposição e registro civil, isto é, diferentes das que constituem conteúdo da lei geral de direito civil. Em todo o caso, a lei vigente só concedeu às confissões religiosas o ato da celebração, que é regido pelo direito da própria confissão religiosa.

§ 788. Regulamentação legal do casamento religioso

1. *Direito de 1 934-1 950.* A Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, publicada a 20 do mesmo mês, e em execução, em todo o

território nacional, trinta dias depois da sua publicação, regulou o casamento religioso para os efeitos civis.

Não se diga que, antes da lei ordinária, não seria possível o registro do casamento celebrado perante autoridade religiosa. O art. 146 da

Constituição de 1934 era bastante em si. Assim, se algum casamento celebrado perante a Igreja católica, ou outra confissão religiosa, cujo rito não contrariasse a ordem pública ou os bons costumes, foi registrado antes da legislação ordinária, *existiu* e *valeu.*

Note-se que o desábito da forma religiosa como suficiente para o registro criou nos legisladores certo receio quanto à conferência dos efeitos civis do casamento religioso, o que, ao primeiro exame, se observou na minudência exagerada da Lei nº 379. Esqueceu-lhes que o registro civil é que confere existência e efeitos ao casamento, de modo que nenhum inconveniente havia em que em poucas regras jurídicas se contivesse a legislação ordinária. A única razão para a sobrecarga de regras da Lei nº 379 estaria, quando muito, na necessidade de se pôr termo às investidas de duas correntes, ambas erradas, que, ao advento da Constituição de 1934, pretenderam dilatar, demasiado, o alcance da norma constitucional, ou lhe podar, quanto possível, a aplicação.

2. *A primeira lei ordinária e a Lei de 1950.* O art. 13 da Lei nº 379 tratara, desenvolvidamente, do requerimento para a celebração do casamento religioso, com o que se dificultou, sem razão plausível, a execução do art. 146 da Constituição de 1934. A divergência mais grave e, além disso, menos justificável, era a do art. 2ª, § 2ª, da Lei nº 379, no qual só se davam trinta dias para a eficácia da certidão. Não se compreendia que a certidão pelo oficial do registro, em processo igual ao que segue a habilitação ao casamento civil, fosse eficaz por três meses para o casamento civil e só tivesse eficácia por trinta dias para o casamento religioso.

Outros defeitos, e muitos, tinha a Lei nº 379, razão da cerrada crítica que lhe fizemos *(Tratado de Direito de Família,* 3ª

ed., 220-263), atendida pela Lei nº 1.110.

3. *Leis nº 1.110, de 23 de moio de 1950, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973.* Após a Constituição de 1946, fez-se a Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950, que derrogou, no art. 10, os arts. 49 e 59 do Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, abrogou a Lei nº 379, "e demais

disposições em contrário". Depois dela, a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, cujas regras jurídicas entraram em vigor a 1ª de janeiro de 1976 e revogaram, também, "as demais disposições em contrário" (arts. 298 e 299). A exemplo da Lei nº 1.110, mis. 2ª e 39, 49 a 6ª, tratou da habilitação prévia (arts. 71-73) e da habilitação posterior (art. 74). No art. 75, diz-se que "o registro produzirá efeitos jurídicos a contar da celebração do casamento".

§ 789. Celebração do casamento religioso

1. *Eficácia da certidão.* Sem a certidão a que se refere o art. 71 da Lei nº 6.015, ou sem o procedimento oficial do art.

74, parágrafo único, a que correspondia o cumprimento da decisão do art. 6ª da Lei nº 1.110, que era mandamental, nenhum casamento religioso ordinário pode obter o registro civil. Todavia, se, a despeito da falta, se faz o registro, vale o casamento, porquanto a omissão das formalidades exigidas, quer para a celebração do casamento civil, quer para a celebração do casamento religioso, não produz inexistência nem nulidade. Tal era o sistema do Código Civil e tal é o que está explicito no art. 8ª da Lei nº 1.110, em vigor.

Quanto ao casamento *in articulo mortis,* entra na regra jurídica do art. 74 da Lei nº 6.015, mas é preciso, para o registro, que os nubentes requeiram a habilitação posterior, salvo se se procedeu com observância do art. 76 da Lei nº 6.015, porque, então, o casamento é religioso e é civil, art. 199, parágrafo único.

2. *Forma.* O direito estatal nada exige quanto à solenidade da celebração. Sob o texto constitucional de 1937, apenas se dizia que o rito devia não ofender a ordem pública e os bons costumes. A expressão "ordem pública" está aí, no sentido próprio, porque dois sistemas jurídicos estão em causa, um dos quais tem de receber a celebração efetuada dentro do outro. Trata-se de caso de direito interespacial privado (nosso Problemas de direito processual interlocal, Ciência *do Direito,* 1, 191), ou, mais nitidamente, de direito estatal-confessional privado, submetido aos princípios gerais concernentes à forma dos atos jurídicos. Há um *plus,* que o diferencia

dos casos ordinários de direito internacional privado: a forma é realizada dentro do território do Brasil, à semelhança do que ocorre nos países que permitem a celebração de casamentos pelos Cônsules e Agentes diplomáticos estrangeiros; mas o direito, que a rege, é o de uma confissão, e não o de um Estado.

Aliás, embora as religiões costumem considerar contrato solene, ou sacramento, ou contrato-sacramento, o casamento, nada impede que o tenha alguma delas por simples contrato consensual, desde que haja a figura do presidente do ato. No sistema do direito brasileiro, tal presidência é indispensável e resulta do texto legal.

O art. 74, pr, *verbis* "apresentados pelos nubentes", e "com o requerimento", pré-exclui o casamento in *articulo mortis* que não observe a forma do art. 199, parágrafo único, salvo se os nubentes mesmos pedem a habilitação posterior, dando-se a entrada ao requerimento *antes* da morte de qualquer dos cônjuges. Só existe registro de casamento religioso com habilitação posterior se os nubentes mesmos requerem. Só há legitimação ativa de outrem se a habilitação foi anterior (Lei nº 6.015, art. 73, pr, *verbis* "qualquer interessado").

§ 790. Competência do celebrante

1. *Regras de competência.* As regras de competência para a celebração do casamento religioso são *regras jurídicas extra-es tatais* de cada confissão. Nenhuma ingerência tem a lei civil em tal matéria. Desde que o rito, disse explicitamente no direito constitucional anterior, não contrarie a ordem pública ou os bons costumes (e o legislador ordinário de 1937 entendeu exemplificar desde logo: Igreja católica, Culto protestante, grego, ortodoxo, israelita), está assegurada a celebração do casamento religioso segundo as regras de competência e de forma do seu respectivo direito matrimonial. (A referência à ordem pública e aos bons costumes não estava nas Constituições de 1946, art. 143, §§ 13 e 2ª, de 1967, art. 167, §§ 2ª e 39, inclusive com a Emenda nº 1, de 1969, art. 175, §§ 2ª e 32, mas estava nos ads. 141, §

70, 150, § 49, e 153, § 49.)

O

celebrante confessional não *tem dever jurídico de celebrar* o casamento. Cabe-lhe exigir a satisfação de quaisquer requlsitos julgados necessários *por sua lei,* ou a dispensa, *quando por ela admitida.* Nada obsta a que uma religião que não reconhece o divórcio a vinculo se recuse a efetuar o casamento do divorciado.

O que não é dado no sistema jurídico brasileiro, às conf issões, é editar qualquer regra de direito material tocante ao conteúdo; os textos constitucionais só lhe deixaram parte da forma, isto é, forma da celebração. Nenhum impedimento dirimente pode ser estabelecido pela legislação confessional, se bem que os impedimentos dirimentes, que estabeleça, funcionem, para obstar à celebração religiosa, como impedimentos impedientes.

2. *Direito estatal e direito confessional.* A Lei nº 379 já cogitava de inscrição da competência para a celebração do casamento religioso: "A autoridade superior de qualquer confissão religiosa, reconhecida idônea para os fins desta lei, poderá comunicar aos escrivães de casamentos civis, na comarca, termo ou distrito, as investiduras, sedes e nomes dos ministros da mesma confissão, que estejam autorizados a celebrar casamento. Dessa comunicação dará recibo o escrivão, assim como das ulteriores, referentes a qualquer alteração superveniente. Caberá ao escrivão, quando tenha recebido tal comunicação, certificar, no processo de habilitação, que o ministro indicado pelos nubentes se acha, ou não, mencionado na relação; e, se o não estiver, mandará o juiz que as partes comprovem a sua qualidade para celebrar o casamento, ou indiquem outro ministro, procedendo-se na forma dos parágrafos precedentes quanto a essa nova indicação" (art. 1ª, § 79). Tal expediente não deixava de ter sérios inconvenientes: ou a inscríçao estabelecia a competência das pessoas indicadas pela autoridade superior confessional, ainda que, perante as regras do direito de tal confissão, não no sejam, e então a recepção do comunicado, por parte do Estado, teria efeitos atributivos de competência; ou o seu conteúdo era meramente informativo, de modo que, pelo fato de ter sido incluída na lista das pessoas competentes, nao se tornaria competente aquela que o não fosse. *De lege Jerenda,* a segunda solução seria a ceda. Não na quis a Lei nº 379, infringindo, evidentemente, o texto de 1934, porque o art. 146 da Constituição, depois de dizer que seria permitido o casamento perante ministro de qualquer confissão

religiosa, cujo rito não contrariasse a ordem pública ou os bons costumes, somente exigiu que observassem as disposições da lei civil a habilitação dos nubentes, a verificação dos impedimentos e o processo da oposição, precisando, ainda, ser inscrito no registro civil. A legislação ordinária invadiu o terreno da competência, para validar o casamento convolado perante autoridade religiosa incompetente. Foi o que resultou do art. 10 da Lei nº 379, no qual, após se dizer explicitamente que a inscrição revalida, se omitiu, propositadamen te, a referência ao art. 208 do Código Civil, concernente ao casamento nulo por ter sido contraído perante autoridade incompetente: "Nos casamentos a que se refere a presente lei, a inscrição no registro civil revalida o ato praticado perante pessoa incompetente, ou com omissão de qualquer das formalidades exigidas, ressalvada apenas a nulidade, ou anulação, nos casos dos arts. 207 e 209 e seguintes do Código Civil, e sem excluir a aplicação das penas criminais, ou disciplinares, cabíveis." A Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950, art. 8ª, mais concisamente estatuiu: "A inscrição no Registro revalida os atos praticados com omissão de qualquer das formalidades exigidas, ressalvado o disposto nos arts. 207 e 209 do Código Civil."

No direito canônico de hoje, vindo do Decreto *Ne tem ere,* a matéria é regulada pelo *Codex luris Canonici,* §§ 1.094 s. A incompetência não importa, contudo, *impedimentum dirimens,* como no sistema do direito tridentino, mas, tão-só, *impedimentum impediens.*

Também no direito evangélico a incompetência não é causa de nulidade (cf. A. von Scheurl, *Die Entwicklung des kirchlichenEheschliessungsrechts,* 123 5.; E. Friedberg, *Lehrbuch des katholischen* und *evangelischen Nirchenrechts,* 6ª

ed., 482 s. e 491, nota 25).

§ 791. Registro do casamento religioso

1. *Três espécies de casamento* religioso. Três espécies de casamento religioso têm de ser consideradas: *a)* a forma ordinária, regida pelos

ads. 71-73 da Lei nº 6.015, a que se procede com a certidão referida no art. 71; *b)* a do casamento religioso in *articulo mortis,* quando tenha havido habilitação para o casamento, com a certidão do art. 71 da Lei nº 6.015

ou com a certidão do art. 181, § 1ª, do Código Civil; c) a do casamento religioso, se não houve a habilitação estatal para o casamento.

É Conforme o sistema do direito brasileiro, que, segundo se viu, se prende ao *princípio da publicidade,* no tocante à existência do casamento, os efeitos civis de qualquer casamento começam com o registro, se bem que a lei estabeleça serem retroativos a alguma data. Os casos explícitos de efeito *ex tunc* são o do art. 200, § 42, do Código Civil, e o do art.

75 da Lei nº 6.015

(antes, do art. 79 da Lei nº 1.110, art. 59, § 2ª, *in une,* da Lei nº 379, e do art. 49, § 59, corrigido pelo Decreto-Lei nº

3.200, de 19 de abril de 1941, art. 49, II, que estabelecera: “Se a inscrição for ordenada ulteriormente, retroagirão todos os seus efeitos à data da celebração.”).

Por ocasião da feitura do Decreto Ne *temere* e sob influência doutrinária que superava a jurisprudência, a princípio se esboçou tendência da Igreja católica a permitir a celebração do casamento só perante testemunhas, no caso de se não poder celebrar perante o padre competente dentro de cedo tempo, ou, por impossibilidade particular, quando em perigo de morte algum dos nubentes. Teria sido algo de semelhante ao art. 199, parágrafo único, do Código Civil. Mas, na redação definitiva, não logrou completa acolhida. Em caso de perigo de morte, pode ser contraído perante *qualquer* padre e duas testemunhas, por motivo de consciência, ou para a legitimação dos filhos; mas, se não épossível, por mais de um mês, a presença do padre, haja ou não perigo de morte, permitiu-se o casamento só perante duas testemunhas. A Congregação dos Sacramentos (31 de janeiro de 1916) foi ao ponto de entender que, no primeiro caso, seria possível a dispensa do impedimento de clandestinidade, celebrando-se o casamento só ante as testemunhas. O *Codex luris Canonici,* cânon 1.098, não exige, nos dois casos, sob pena de dirimência, a presença do padre. Desde que tal presença não é possivel, ou se não obteria sine *gravi incommodo,* dispensa-se a presença. Quanto ao risco de vida,

foram afastadas as exigências do decreto Ne *temere:* fora daí, estabeleceu que se previsse, prudentemente, a impossibilidade por um mês. Voltou-se, assim, ao decreto do Santo Ofício de 1863.

O Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, não facilitava, como o Código Civil, o casamento in *articulo mortis:* exigia, a mais, que os nubentes vivessem em concubinato, ou tivessem filho comum, ou houvesse a necessidade de se reparar ofensa à honra da mulher. No Código Civil, tais requisitos, ligados à consciência de um dos nubentes, ou de ambos, desaparecem; e o casamento pode efetuar-se sem ter havido *copula cama lis,* nem probabilidade de vir a haver. Dai algumas conseqUências jurídicas, dentre as quais a de não poder ser anulado o casamento porque fora feito na suposição de se tratar de pessoa capaz do ato conjugal, *se se lhe seguiu a morte do cônjuge.*

2. *Lei penal.* A lei penal pune contrair-se casamento mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de divórcio, ou de nulidade, ou de anulação, ou por morte do outro cônjuge. Assim, o registro civil de um casamento obsta a outro casamento, salvo morte. Quer seja nulo, quer anulável o casamento, comete crime de bigamia quem contrai novas núpcias, vivo o cônjuge. Claro que, tratando-se de não-domiciliado, a dissolução do casamento pode dar-se em virtude da sua lei pessoal, e falta de um dos pressupostos do conceito penal da bigamia. Tais são os princípios gerais.

Atenda-se a que houve nova legislação penal.

No Código Penal (1940), há cinco artigos sobre crimes contra o casamento. Art. 235: "Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos." § 1ª: "Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos." § 2ª:

"Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime." Art. 236: "Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena —

detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos." Parágrafo único: "A ação

penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento." Art. 237: "Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano." Art.

238: "Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento: Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui crime mais grave." Art. 239: "Simular casamento mediante engano de outra pessoa: Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave." Art. 240: "Cometer adultério: Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses." § 1ª: "Incorre na mesma pena o co-réu." § 2ª: "A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato." § 3ª: "A ação penal não pode ser intentada: 1 - pelo cônjuge desquitado; 11 - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente." § 4ª: "O juiz pode deixar de aplicar a pena: 1 - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges; II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil." Se a pessoa contraiu casamento religioso e esse foi registrado, comete o crime do art. 235 do Código Penal se contrai novo casamento civil, ou religioso com efeitos civis. Se a pessoa contraiu casamento religioso com efeitos civis, depois de outro casamento religioso, cujos efeitos foram afastados, não está perfeita a figura penal, porque a lei exige o registro do primeiro casamento. Se o segundo casamento não pode obter os efeitos civis, ou se tais efeitos foram afastados, não se compõe o suporte fático do crime, porque se exige que o casamento religioso, celebrado em segundo lugar, tenha os efeitos civis. A exigência dos efeitos civis diz respeito aos efeitos dos casamentos, como elemento fático integrador da figura penal.

Pode ser civil o primeiro casamento e religioso o segundo. Se isso acontece, é invocável o art. 235 do Código Penal, mas há o delito no momento em que começariam os efeitos civis do casamento religioso. É a solução certa, pois já se caracterizou a infração com a celebração do casamento religioso.

§ 792. Efeitos do registro

1. *Casamento religioso e registro.* Antes do registro civil, o casamento religioso não possui, de regra, efeitos civis: os seus efeitos limitam-se àqueles que lhe atribuem as regras de direito matrimonial da confissão religiosa respectiva, ou aos que lhe reconheça a lei pessoal de ambos os cônjuges, ou de um deles.

O sistema jurídico brasileiro não considera o casamento religioso ainda não-registrado no registro civil impedimento matrimonial dirimente. Resta saber se a existência de casamento religioso não-registrado constitui impedimento impediente. Quer dizer: constando que um dos cônjuges já se casara em confissão religiosa, ~pode isso obstar à celebração do novo casamento?

2. *Casamento registrável. De lege ferenda,* tudo aconselhava a que se considerasse o casamento *registrável* como impedimento impediente.

De lege lata, não há texto explícito, sendo de notar-se que a matéria dos impedimentos é de interpretação restrita. Mas a impediência pode resultar de ordem legal, de natureza penal, dirigida aos celebrantes, estatais ou não, e ao oficial do registro civil. Ora, não se compreenderia que o ministro de uma confissão religiosa, conhecendo a existência de um casamento religioso celebrado na conformidade da lei, portanto *registrável,* aceitasse celebrar o novo casamento, tanto mais quanto o outro nubente ficaria sujeito à lei penal. Temos, assim, impedimento impediente não-previsto pelo Código Civil, no art. 183.

O casamento religioso da forma ordinária tem de ser registrado dentro de trinta dias após a celebração. Se tal registro se opera depois, os efeitos com ela começam, mas não a *contar da celebra çdo do casamento,* conforme a regra juridica do art. 75 da Lei nº 6.015.

No caso de apresentação dentro dos trinta dias, tendo o oficial levantado dúvidas, que foram consideradas improcedentes, e passou em julgado a decisão do juiz que ordenou o registro, o registro tem retroatividade de efeitos até a data da celebração, como se o oficial do registro não tivesse levantado dúvidas, pois que as levantou injustamente.

Capítulo IX

Publicidade do casamento

§ 793. História do princípio de publicidade

1. *Publicidade oriunda do registro.* A publicidade do casamento, a que aqui nos referimos, não é a exigência de se celebrar a portas abertas, depois das publicações exigidas pela lei; mas a *publicidade oriunda do registro.* A publicidade prévia, inclusive a do art. 194 do Código Civil, está ligada, na sua origem, à ação só disciplinar da Igreja nos tempos anteriores ao Concílio Tridentino, à jurisdição *preventiva* que se lhe reconhecia.

2. *Clandestinidade.* A Igreja sempre foi contra os casamentos clandestinos; porém não adotou até o século XVI a sanção da nulidade ou da inexistência. A doutrina, que se fixara, consta de Graciano e de Pedro Lombardo e foi a do direito canônico clássico. A política contra a clandestinidade restringiu-se às precauções. Hincmar de Reims chegou a distinguir a *desponsa tio,* com todas as formalidades, e a simples troca de consentimento, sem bênção.

No fato de passar o padre a presidir aos casamentos, dirigindo palavras solenes aos nubentes, a!guns escritores vêem influência dos costumes germânicos, que já possuíam, em igual papel, a autoridade laica (Walter von Hõrmann, *Die Tridentinische Trauungsform* in *rechtshistorischer Beurteilung,* passim): o *Fúrsprecher* dos países anglo-saxões e alemães, o *orator* dos países lombardos, que, talvez sem nome, também existiu na Gália franca (E.

Friedberg, *Das*

Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwiklung, 26 sj. Outros buscaram explicações diferentes: representante da autoridade familial (Rudolf Sohm), tanto mais quanto o *Fúrsprecher* é um parente, em vez de autoridade pública, o que faz pensar-se na *traditio puellae;* a Igreja recebeu a dupla tradição, a romana e a germânica, pois que ambas possuíam a personagem central, com os paraninfos, que depois desapareceram, sendo de notar-se, porém, que a troca de palavras pelo

padre não decorre dos usos germãnicos, onde o *Forsprecan* da antiga *desponsatio* não tinha tal missão.

3. *O direito* canônico *antes do Concílio Triden tino.* No direito canônico antes do Concílio Tridentino, o casamento clandestino importava *pecado* (sanção *religiosa)* e, se passassem à cópula, os contraentes incorriam em penas canônicas.

Puniam-se as irregularidades; não havia, contudo, a sanção jurídica da nulidade. Discutiu-se se o casamento perante grande número de cristãos era clandestino. 0 Panormitano achava que uma reunião de fiéis é a própria Igreja, de modo que o casamento *coram rnultitudine,* segundo os costumes da pátria dos nubentes, não seria clandestino.

4. *O Concilio Tridentino.* Ao Concílio Tridentino deve-se a revolução jurídica que consistiu em se romper com a tradição da Igreja no sentido de ser o casamento contrato consensual. E passou a ser contrato *solene.* Foi a pressão da opinião pública que se refletiu em tão importante transformação do direito matrimonial. Escusado é dizer-se que se não chegou a isso sem lutas. Estável, como é, o processo social religioso exige fortes correntes para que se opere qualquer mudança. Os dois pontos em que os combates se feriram foram o problema dos casamentos clandestinos e o dos casamentos contratados pelos filhos de família sem o „consentimento" parental, sine consensu *parentum.* Era, por exemplo, o que pedia o Rei da França ao Concilio: não valerem aqueles, nem valerem esses.

As decisões sobre os casamentos clandestinos e sobre os casamentos *sine* consensu *parentum* descontinuariam, de certo modo, a longa política da Igreja no sentido de facilitar, tanto quanto possível, o matrimônio. ~Como sustentar-se a solução da nulidade deles, se houve consumação? Razão havia para se estranhar a magna *mutatio et perturbatio iuris canonici.* Alguns membros do Concílio foram de agudos argumentos: o casamento clandestino evitava os golpes dos tiranos, que a cada momento intervinham nos enlaces. Assim, o comissário cavense (Ibeiner, *Acta genuina ss.*

oecumenici concilii Tridentini, II, 346): "Matrimonia clandestina sunt bona cum per ea providentur tyrannidi principum, qui volunt dare uxores suis servitoribus. Item aliqui concubinas habentes in fine vitae cum eis contrahunt, quod si matrimonia tollerentur, hoc bonum

tolleretur. Item aliqui amantes se invicem contrahunt clandestine, et si clandestinum tolleretur, tollerentur matrimonia quae fiunt libenter et sponte: ex consequenti probiberetur vera amicitia inter coniuges."

5. Dificuldades *posteriores da Igreja.* Quanto aos casamentos clandestinos, a dificuldade da Igreja — no plano principal

— era enorme: se o casamento era sacramentado, se os casamentos clandestinos anteriores haviam valido, ~como, então, reputá-los por nulos ou inexistentes? E natural que acudisse, desde logo, aos membros do Concílio (20 de julho de 1563) *declarar* válidos *(vera et rata matrimon ia)* os casamentos clandestinos consentidos até o momento e *considerar* nulo qualquer casamento contratado clandestinamente, a partir daquele momento. Exigia-se a presença de três testemunhas.

Para se afastar a argúição de incoerência, foi dito que a bênção, e não o consentimento, constituia o sacramento; mas seria mudar-se a tradição mesma da Igreja, que sempre a considerara *ad honestatem, non ad necessitatem,* como se vê em trecho de Tomás de Aquino. Outras explicações foram propostas, uma das quais prevaleceu.

É digna de menção uma delas, por consistir em transmutação de expediente técnico (de *qualificaçâo,* como se diz hoje, principalmente em direito internacional privado): a proibição dos casamentos clandestinos é menos proibição que *regra de forma:* como o Concílio podia editar *regras de incapacidade* (de conteúdo, de fundo), conceber-se-ia a regra de nulidade dos casamentos clandestinos como *regra de incapacidade,* e não *de forma,* considerando-se válidos os casamentos anteriores e nulos os posteriores. O responsável por essa transqualificação foi o patriarca de Aquiléia. Teve-se, assim, mais um caso de *inhabilitatio personarum,* se bem que os adversários (Madruzzo ou Madrutius, Hierosolymitanus, cf. Theiner, *Acta genuina,* II, 339) apontassem e os partidários (Rossanensis, Colimbriensis, Iprensis, cf. Theiner, *Acta genuina,* II, 316, 319 e 363) sentissem quanto havia de forçado em conceber-se como regra de incapacidade o que por seus elementos mesmos pertenceria ao direito sobre forma. O Concílio ensinava-nos, porém (o que não é de somenos importância em certos estudos jurídicos, principalmente de direito internacional privado), que os conceitos e as qualificações são dados pelo legislador competente, posto que a análise mesma das regras lhe sugira, *de lege*

ferenda, tão-só, uma ou mais 5oluções como as melhores. A construção foi, realmente, tortuosa: a proibição apanharia a pessoa, não como impedida em relação a alguém, mas a todos, por sua situação.

6. *Proscrição dos casamentos clandestinos.* Quando o Concilio Tridentino proscreveu os casamentos clandestinos (satisfazendo-se, porém, com a só presença do padre e de duas testemunhas), em 237 votantes, mais de cinqUenta contendores havia, inclusive três legados da Santa Sé. ~Podia a Igreja mudar a *forma* de um sacramento? Podia tornar *conteúdo* o que era e é *forma?* ~Como se haveria de proceder onde nãO houvesse padres? O cardeal Madruzzo, os patriarcas de Jerusalém e de Veneza tinham fortes razões para as suas atitudes. verdade é, porém, que a reforma de Trento não alcançou todos os países, tendo-se entendido que em muitos lugares continuavam de valer, no futuro, como no passado, os casamentos *solo consensu.*

Note-se que ressurgia a qualificação como forma, de que se desembaraçara o Concilio, para aplacar certos escrúpulos teológicos. Donde duas consequências: em direito internacional privado, regia a regra de sobredireito concernente à forma, e não a concernente à capacidade *(Locus regit actum),* conforme decisão da Congregação do Concilio; se a pessoa mudasse de lugar somente para escapar às exigências do Concilio, seria nulo o casamento por fraude à lei.

(Quanto ao casamento sine *consensu parentum,* muito se discutiam a idade, inclusive a despeito da emancipação, e o suprimento, quando os pais negassem o assentimento. Também se invocaram a doutrina, triunfante na Igreja, de que, na matéria espiritual, não seria possível subordinar a decisão de alguém à dos pais ou de outrem, o direito natural de casar-se na idade hábil e os perigos da fornicação, a que se expunha a mocidade. Deviam valer, portanto, os casamentos *invito aut* inscio *patre.* O Concilio Tridentino acabou por se abster de considerar nulos tais casamentos. É um dos pontos em que o direito canônico é superior ao direito brasileiro.)

7. *O Código Civil brasileiro e a publicidade.* No Código Civil brasileiro, o registro do casamento é que lhe dá a publicidade propriamente dita. Tudo mais é preparatório, inclusive a matéria do art. 194. A nulidade de incompetência é a única que se pode ligar ao art. 194, mas, em verdade, ligar-se-ia por igual à exigência do registro ou assento do

casamento, no qual é requisito formal assinarem o presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial do registro (art. 195, 2ª alínea).

O casamento religioso só existe, para todos os efeitos civis, depois do registro; porém a sua registrabilidade cria a impediência, se alguém o invoca, e a apresentação para o registro, *a fortiori.*

§ 794. Registro civil do casamento

1. *Celebração e registro.* No sistema do Código Civil brasileiro, como de tantas outras leis civis, estrangeiras, distinguem-se a celebração, que é o ato juridico do casamento, e a formalidade registrária, em que se concretiza, juridicamente~ a sua *publicidade.* A data do registro é que estabelece a irradiação dos seus efeitos civis, de modo que, tendo havido duas celebrações, é eficaz a que primeiro se registrou. Bastaria esse princípio, *inerente àdogmática da lei,* para que se pusesse em suficiente relevo a importância juridica do registro. Aliás, na Lei nº 1.110, reguladora do casamento religioso antes da Lei nº 6.015, ads. 71-75, quanto aos efeitos civis, mais patente ficou a função do registro civil: o registro do casamento, diz o art. 8ª, ainda em vigor, religioso revalida a celebração praticada por pessoa incompetente *(aliter,* quanto ao casamento civil, art. 208 do Código Civil); e a convolação de novo casamento, civil ou religioso, depois de outro que se não registrou, não importa nulidade, mas, tão-só, possível incidência da lei penal, se essa o estatuir.

2. *Lavratura do assento.* Diz o art. 195 do Código Civil: "Do matrimônio logo depois de celebrado, se lavrará o assento no livro de registro (art. 202)." A expressão "logo depois" significa "tão cedo quanto possível", "o mais próximo da celebração que se possa". Assim, acontecendo que o presidente do ato, algum dos casados, alguma das testemunhas, ou o oficial do registro, adoeça, de modo a não poder assinar o assento, que da celebração se fez, tê-lo-á de assinar logo que o possa. Se demora, daí não resulta nulidade, se bem que permita o registro de outro casamento, alhures, no intervalo, com prejuizo para o que tardou em ser registrado.

Na doutrina brasileira, alguns autores não têm atendido àfunção do

registro civil, que é, para o casamento, o que é o registro público para qualquer ato que dele necessite para efeitos especiais, tais como o registro da interdição do pródigo (art. 12, 111), a *venia aetatis,* baseada em outorga do pai ou da mãe, ou por sentença do juiz (ads. 92, § l~, 1, 12, li), a sentença declaratória da ausência (art. 12, IV), a constituição de pessoas jurídicas de direito privado (art. 18), a transferência da propriedade imóvel (arts. 531-535). Sustentam eles que o casamento não precisa do registro para que *ekista.* Em conseqUência, se, celebrado pela autoridade estatal, um dos cônjuges falece, casamento existiu e produz todos os seus efeitos jurídicos (Cândido de Oliveira, Do Direito de Família, *Manual,* V, 143; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado,* IV, 100, 104, 105; e o engano provém do deputado Anisio de Abreu, *Trabalhos,* II, 822, em trechos em que revelava completo desconhecimento dos principios de publicidade). Concorreu para tal erro, que destoa da sistemática do Código Civil e da lição dos povos que adotam o regime de publicidade por meio do registro, a perigosa consulta aos trabalhos parlamentares, como se a lei tivesse de ser interpretada, não como é e como resulta dos seus termos, do conteúdo em exame e das regras jurídicas que possam trazer alguma informação, mas sim do que pensaram os legisladores, ou do que pensou algum deles, reminiscência dos tempos em que a lei era, tão-só, a vontade do imperante, o *querer* do Príncipe.

3. *Tempo* do *registro.* Cabem aqui algumas considerações de valor assim teórico como prático. A lei fala de registro

"logo depois" (Lei nº 6.015, art. 70, *pr.).* Dissemos que se traduz a expressão por "tão cedo quanto possível"; de modo que seria imaginável a demora por longa doença imediata do oficial ou de algum dos participantes na solenidade. Por mais que tal impedimento demorasse (e o de que falamos apenas exemplifica), bem registrado ficaria o casamento, desde que se registrasse logo depois de cessar Claro que, registrado outro com um dos nubentes, não mais seria de admitir-se o registro do que, quanto a isso, ficou retardado pelo impedimento. Se, porém, não houve doença ou outra razão protelatória, ou se, acabando ela, não se registrou "logo depois", nulo ou ineficaz o casamento registrado com tardança? A questão é delicada, mas devemos resolvê-la no sentido da validade e da eficácia desde que não haja outro fundamento que o invalide ou que lhe pré-exclua a eficácia.

4. *Lei* nº *6.015, de 1973.* A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 32, *pr,* 1ª parte, estabeleceu que os assentamentos de casamentos de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos. No § 1º: "Os assentos de que trata este artigo serão, porém, trasladados nos cartórios do 1ª

Oficio do domicílio do registrado ou no 1ª Oficio do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, quando tiverem de produzir efeito no país, ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores. A regra jurídica éapenas para eficácia; não se tira existência, ou validade.

Faz-se eficaz no Brasil totalmente, como sob o Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 82, fazia, ainda que se registrasse depois dos três meses a que essa regra jurídica se referia. Em vez de "Brasileiros", era de ler-se, já no Decreto nº 4.857, art. 82, "domiciliados".

§ 795. Requisitos essenciais do assento

1. O *art. 195, alínea 2º do Código Civil.* No art. 195, alínea 2ª, cogitara o Código Civil dos requisitos essenciais do assento no livro de registro. Dissera ele, alterado pelo Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 81: "No assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial do registro, serão exarados: 1 - Os nomes, prenomes, datas de nascimento, profissão, domicilio e residência atual dos cônjuges. II - Os nomes, prenomes, datas de nascimento ou de morte, domicilio e residência atual dos pais. III - Os nomes e prenomes do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior, quando for o caso. IV - A data da publicação dos proclamas e a da celebração do casamento. V - A relação dos documentos apresentados ao oficial do registro (art. 180). VI - Os nomes, prenomes, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas. VII - O regime do casamento, com declaração da data e do cartório em cujas notas foi passada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão ou o legal, estabelecido no Título III

do Código Civil, para certos casamentos, quando conhecido (Código Civil, art. 195, alinea 2ª Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 81, incs. 1ª-7ª). VIII. Os nomes e as idades dos filhos havidos de matrimônio anterior ou legitimados pelo casamento." Essas regras jurídicas vieram a ser alteradas, e sob o regime da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, o art. 70 estatui: "Do matrimônio, logo depois de celebrado, será lavrado assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial, sendo exarados: 1ª) os nomes, prenomes, nacionalidade, data e lugar do nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges; 2ª) os nomes, prenomes, nacionalidade, data de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais; 39 nomes e prenomes do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior, quando for o caso; 49 a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; 59 a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro; 6ª) os nomes, prenomes, nacionalidade, profissão, domicilio e residência atual das testemunhas; 79) o regime de casamento, com declaração da data e do cartório em cujas notas foi tomada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão ou o legal que, sendo conhecido, será declarado expressamente; 89 o nome que passa a ter a mulher, em virtude do casamento; 99 os nomes e as idades dos filhos havidos de matrimônio anterior ou legitimados pelo casamento; 10~) à margem do termo, a impressão digital do contraente que não souber assinar o nome. Remanesce, no art. 195, alínea 2ª, do Código Civil, o inc. VII, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 50, 4): "O regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi passada a escritura antenupcial, quando o regime não for o de comunhão parcial, ou o legal estabelecido no Titulo III deste livro, para outros casamentos." As testemunhas serão pelo menos duas, salvo se a lei estabelecer número diverso, como se passa, *e.g.,* no caso previsto no art. 193, parágrafo único, do Código Civil (Lei nº 6.015, art. 70, parágrafo único).

2. *Perda do registro.* Justificada a falta ou perda do registro civil do casamento, é admissível qualquer outra espécie de prova (Código Civil, art. 202, parágrafo único). Em tal caso, deve-se lavrar novo assento no registro de casamento, com as formalidades legais, em cumprimento de sentença mandamental (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 109, *pr.,* 1ª parte, e § „1ª, in une). Também se lavra novo assento quando a prova de celebração legal do casamento resulta de processo judicial (Código Civil, art. 205).

Capítulo X

Prova do casamento

§ 796. Considerações gerais

1. *Qual a lei que rege a prova.* A lei que regeu o casamento éque diz qual a prova que dele se pode dar. Cabe-lhe fixar os meios de prova. No plano do direito internacional privado, o Estado da lei pessoal é competente para exigir que a pessoa só se case segundo determinada lei quanto à forma, ou aos meios de prova, ou para exigir uma forma e determinada prova. Tudo aconselha, porém, a que os legisladores se satisfaçam com as provas indicadas pela lei que efetivamente regeu o casamento.

2.As *Constituições de 1934, de 1946, de 1967 e de 1988.* Antes da Constituição de 1934, art. 146, só tínhamos o casamento civil, de modo que a regra havia de ser, para todos os casamentos celebrados no Brasil após a instauração do casamento civil, a do art. 202 do Código Civil: "O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro, feito ao tempo de sua celebração (art. 195)." Depois da Constituição de 1934, há o casamento civil, celebrado no Brasil, cuja prova é dada pela certidão do registro feito ao tempo da sua celebração, por exigirem o art. 195 do Código Civil e o art. 70 da Lei nº 6.015 que o assento se lavre, no livro de registro, "logo depois de celebrado" o matrimônio, e há o casamento religioso, que tem a sua forma própria, o seu assento, mas há de ser registrado, como o casamento civil. E de notar-se que a prova constante de tal assento ou da certidão só se refere ao casamento religioso, uma vez que o registro, que dele se faz, é base para certidão, como qualquer outra certidão de registro. Temos, assim, que a certidão de registro prova o casamento civil e o seu registro; ao passo que a certidão do assento do casamento religioso somente prova o casamento religioso, e não o seu registro. Todavia, a certidão do registro civil prova, para os efeitos civis, o registro civil do casamento religioso e o casamento religioso mesmo. Se o registro civil é inexato, cabe a ação de retificação.

§ 797. Provas do casamento civil e do registro do casamento religioso 1. O *Decreto* nº *9.986, de 31 de* dezembro *de 1888.* O registro civil somente foi instituido a 31 de dezembro de 1888, pelo Decreto nº

9.986, de modo que os casamentos celebrados antes de tal lei se provam com as certidões dos *assentos paroquiais* (Decreto nº 9.986, arts. 69 s.). Mas, justificada a falta ou perda do assento paroquial, é admissível qualquer outra espécie de prova (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 7 de dezembro de 1912, *RF* 21/ 276). Tratando-se de casamentos de acatólicos, realizados antes do registro civil, a prova é a resultante dos assentamentos do ministro da confissão religiosa, que os celebrou.

O casamento celebrado no Brasil somente pode ser provado por outros meios de prova que a certidão do registro se precede justificação da falta ou perda do registro civil. É o que se lê no art. 202, parágrafo único: "Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova." Não é preciso que se justifique em separado; basta que se alegue o fato e se dêem provas da falta ou da perda dos autos em que se afirma ter havido casamento. Perda do registro é a proveniente de incêndio, inundações, ou qualquer acontecimento de que haja resultado a destruição do cartório, ou do livro. Falta é o não ter havido registro, ou por ser o casamento anterior à criação do registro civil. Não basta alegar-se que se destruiu a certidão, — tira-se outra certidão; nem que seja em lugar longínquo o cartório. Certidão de óbito em que se diz que o falecido era casado com B não prova casamento. Nem o prova a certidão de nascimento ou casamento de filho em que se diga que os pais eram casados. Para que a posse do estado de casados (art. 206) pese a favor do casamento é preciso que existam provas pró e contra. Daí ter sido demasiado fácil em concluir pela prova do casamento o acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 19 de março de 1946 *(RT* 161/102), que admitira *favor* matrinionii, fora do art. 206, contra o que decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 10 de outubro de 1948, que admitiu qualquer meio de prova, justificada a falta ou perda do registro, mas unicamente quando feita tal justificação; "... a justificação aludida não se produziu em processo separado ou no curso da demanda e, pois, não se abriu ensejo à aplicação do parágrafo único do art. 202". Idem, 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de novembro de 1940 *(RF* 120/120). A 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 14 de novembro de 1950

(RT 190/274), disse que meio hábil para se declarar a existência do casamento, se se perdeu ou extraviou o registro do matrimônio, é a ação declaratória. A ação declaratória é meio hábil; não é, porém, o único meio hábil. Em qualquer ação, ainda incidental, ou em qualquer defesa, ou articulação, desde que haja a certidão de óbito e, e.g., certidão de casamento de filha: tais atos provariam a posse de estado

de casados; mas a posse de estado de casados apenas pesaria a favor de provas que houvesse (5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 17 de maio de 1940, *RT* 133/253; 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de novembro de 1940, 132/171; 1ª Câmara, a 27 de abril de 1940, 133/ 180: "... conforme se deduz da letra do artigo e conforme ensinam ..., o principio fundamental é que o casamento só se prova com a certidão respectiva. E por exceção se admite a prova subsidiária, provando-se a perda do livro ou do assentamento do registro"; T Turma do Supremo Tribunal Federal, 10 de agosto de 1948). Certo é que se admite qualquer outro elemento declarativo relevante (eficácia imediata, ou mediata), para se declarar a existência do casamento. A justificação, fora da ação, é para ser apreciada oportunamente. A posse de estado de casado é fato, que se pode alegar e provar à parte da prova do casamento, para que pese conforme se estabelece nos arts. 203 e 206 (1ª

Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 3 de novembro de 1948, *RF* 121/537). A prova, segundo o art. 206, resolve a dúvida sobre a existência do casamento, reconhecidos todos os seus efeitos; e.g., legitimidade dos filhos do casal (54

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª de setembro de 1950, *RT* 189/399).

2. O *casamento religioso, no direito civil brasileiro.* Depois do registro civil e antes da Constituição de 1934, só o casamento civil existia no Brasil, salvo, entendamos, se celebrado de acordo com a legislação de algum Estado estrangeiro, ou de acordo com a lei-conteúdo adotada por tal Estado. Depois da Constituição de 1934, o casamento civil e o religioso com efeitos civis, quando celebrados no Brasil, provam-se pela certidão do registro feito, aquele ao tempo da sua celebração, e esse, segundo a Lei nº 379, a que sucederam, em 1950, a Lei n0 1.110 e a Lei nº 6.015, a partir de 1ª

de janeiro de 1974. Justificada a falta, ou perda, do registro civil, é admissivel qualquer outra espécie de prova, quer se trate de casamento civil, quer de casamento religioso com efeitos civis. Qualquer outra espécie de prova, diz o art. 202, parágrafo único, do Código Civil. Quer dizer: documentos, testemunhas, presunções, exames e vistorias, depoimentos, atos processados em juízo, sentença criminal passada em julgado, contra o responsável por subtração ou inutilização do registro civil, sentença proferida em justificação

(Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de agosto de 1927, *RT* 63/339; Tribunal da Relação de Minas Gerais, 17 de setembro de 1932, *RF* 59/272). Já se procurou sustentar que, na justificação, basta que as testemunhas deponham que ouviram as declarações dos nubentes de estarem no propósito de casar, por livre e espontânea vontade, porque, acrescentou-se, proferida essa afirmação por ambos os nubentes, o casamento está realizado. De modo nenhum: a prova que se tem de dar é a de ter havido o registro civil, sem o qual o casamento não teve publicidade. Por isso mesmo, diz o art. 202, parágrafo único, que, "justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova".

A prova é para suprir a falta, ou perda, do registro civil, porque só o registro civil prova a existência do casamento. A expressão "logo depois", que aparece no art. 195 do Código Civil e no art. 70 da Lei nº 6.015, não é absoluta, não significa "no minuto imediato", de modo que pode ter havido o casamento e não ter havido o registro, e.g., por terem os nubentes recusado a assinatura. Cresce de ponto a importância do principio, quando está em causa o registro do casamento religioso, pois segundo os princípios gerais de direito matrimonial, que separam o casamento e a sua publicidade, em alguns casos, pode o cônjuge obstar ao registro do casamento religioso, enquanto o registro se não efetua.

3. O *art. 205 do Código Civil.* Diz o art. 205 do Código Civil: "Quando a prova da celebração legal do casamento resultar de processo judicial, a inscrição da sentença no livro do registro civil produzirá, assim no que toca aos conjuges, como no que respeita aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento." A lei não distingue a sentença proferida em processo civel e a sentença proferida em processo criminal, ou, ainda, em processo judicial administrativo.

Já se viu que qualquer espécie de prova é admissível, quando se justifique a falta, ou a perda do registro civil. Acontece, porém, que, às vezes, sem se justificar a falta, ou a perda, a existência ou a não-validade da celebração do casamento com o seu registro, ou em discussão para obtê-lo, se instaura processo judicial. O art. 205 quase se resume em dizer que as sentenças, em tais hipóteses, precisam ser inscritas no livro do registro civil, para que produzam os seus efeitos cabais, constitutivos ou retificadores. Escusado é afirmar-se que os efeitos civis de tal registro hão de ser *ex tunc.* O

texto legal fala em “efeitos civis desde a data do casamento”.

O

Decreto nº 18.542, art. 85, dissera que, “nos casos dos ads. 202, parágrafo único, e 205 do Código Civil, será lavrado novo assento no registro de casamento, com as formalidades legais”. Quanto ao art. 202, parágrafo único, nenhuma dúvida poderia haver: houve perda ou destruição do registro civil, e novo registro se haveria de fazer. Quanto ao art. 205, nem sempre; porquanto processos judiciais, de cujas sentenças possa resultar prova da celebração legal do casamento e do seu registro, não são somente aqueles em que se discute a existência ou não; são também os em que se lhe julga a validade ou a inteligência. A inscrição da sentença bastaria.

Quanto ás sentenças proferidas em processos criminais, a transcrição delas só se daria quando os cônjuges tivessem sido partes, exigência que também caberia em relação a quaisquer outras sentenças.

As sentenças poderiam contudo ser rescindidas, ou, se criminais, revistas.

O casamento do art. 198 do Código Civil prova-se com a certidão do registro de que cogitam os arts. 70 da Lei nº 6.015

e 195 do Código Civil, ou do registro que se fizer do termo avulso, que o oficial *ad* Mc tiver lavrado (art. 198, § 2ª).

O casamento do art. 199, parágrafo único, prova-se com certidão do registro, que se fez, da sentença proferida pelo juiz, no livro do registro dos casamentos, conforme os arts. 76, § 59, e 33, II, da Lei nº 6.015.

4. Prova do casamento religioso. O casamento religioso com efeitos civis, celebrado segundo a forma ordinária, prova-se com a certidão do registro do casamento no livro do registro civil (Lei nº 6.015, ads. 73, § 2ª, e 74, parágrafo único).

A certidão da anotação somente prova a anotação e a apresentação do termo, com as dúvidas levantadas pelo oficial do registro civil; porém

pode servir de base, em caso de perda ou de destruição dos autos, para a restauração deles, ou, no caso de casamento religioso, se tiver havido perda ou destruição do termo original, lavrado pela confissão religiosa, e para restauração dos autos.

O

casamento religioso celebrado em iminente perigo de vida, ou, em igual, sem prévia habilitação, prova-se com a certidão do registro da sentença do juiz, que o julgou válido.

5. *Ação contra a validade da certidão do casamento.* A certidão do casamento é certidão de um ato público, cuja fé somente pode ser invalidada mediante a ação competente em que se prove a sua falsidade, ou a inexatidão das declarações nela contidas (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 7 de janeiro de 1931, *RF* 57/130; 8 de novembro de 1933, 61/389). Ação de retificação ou ações cumuladas, de falsidade e de retificação.

§ 798. Posse de estado de casados

1. O *art. 203 do Código Civil.* Estatui o art. 203 do Código Civil: "O casamento de pessoas que faleceram na posse do estado de casadas não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do registro civil, que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o matrimônio impugnado (art. 183, nº VI)." Já no direito anterior o Decreto nº 181, art. 51, abria exceção do principio geral de que a posse de estado não é meio de prova do casamento.

Passou ao Código Civil, com o exemplo do Código Civil francês, arts. 195 e 197, e de outros sistemas jurídicos.

O

fato de viverem duas pessoas, notoriamente, como casadas, estabelece convicção pública de que o sejam, mas desgarraria dos princípios que regem os atos sujeitos à publicidade, às formalidades registrárias, pretender-se de tal convicção, que é simples dado psicológico, a

presunção legal de serem efetivamente casados os que como casados vivem. O que o art. 203 afirma é o principio da inadmissibilidade da prova pela posse do estado de casados. Salvo se tais pessoas já morreram, se a afirmação de que não eram casadas é em prejuízo da prole comum, e se não se exibe certidão do registro civil, ou do assento eclesiástico, para os casamentos realizados, durante a época imperial, antes do registro civil, certidão que prove outro casamento de alguma delas incompativel com a verdade do casamento que se impugna.

Outra exceção aparece no art. 206.

Trata-se, evidentemente, de exceção a favor da filiação. A inflexível aplicação da regra geral traria vexames e prejuízos sérios para aqueles que, precisando utilizar-se dos efeitos civis da união de seus pais, ignorassem, o que é possível, o lugar em que eles se casaram. Essa derrogação ao principio geral data de antiga jurisprudência francesa, que se transfundiu, como dissemos, às legislações modernas. Convém notar-se que terceiros não podem usar dessa exceção em favor dos seus interesses. A derrogação só beneficia aos filhos e a mais ninguém, a não ser aqueles a quem isso aproveita diretamente; ou, por melhor dizen quanto a direito e a interesse dos próprios filhos, que se acham em causa na pessoa que os represente, isto é: descendentes, únicos parentes que têm direito de representação, imitindo-se no grau dos ascendentes (Código Civil, art. 1.621).

2. *Pressupostos do art. 203.* A concessão feita pelo art. 203 ficava subordinada a quatro pressupostos, hoje três: *a) Que os pais estejam mortos;* pois, em caso contrário, seria possível aos reclamantes obter deles, ou, pelo menos, do sobrevivente, a indicação do lugar em que se celebrou a união. A demência de ambos ou do cônjuge sobrevivo deve equiparar-se, para esse efeito, à morte, porque a impossibilidade de produzir o ato de matrimônio é evidente, e não merece menos favor a filiação (Massé e Vergé, nota a Zachariae, *Le Droit Civil français,* 1, 187). Também a ausência declarada por ato do juiz pode equiparar-se ao falecimento (Código Civil, arts. 59, IV, e 10; Massé e Vergé, nota 9 a Zachariae, *Le Droit Civil Jrançais,* 1, 186, 187: "... en parlant du décês des pêre et mêre, (ladicle) n‟est qu‟énonciatif du cas le plus ordinaire qui empêche les pêre et mêre de donner des renseignements sur leur état et sur celui de leurs enfants. Labsence et la démence, produisant en fait les mêmes effets que le décês, doivent également les próduire en droit"; Baudry-Lacantinerie e Houghes Fourcade, *Traitá*

théorique et pratique II, 505: leur état d‟absence ou l‟altération de leurs facultés mentales, on assimile en général ces deux circonstances á leur mod, et on les considêre dês lors comme donnant lieu à l‟application”; Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni,* III, 133). Se a interpretação do art. 203 deve ser no sentido de bastar haver falecido um dos cônjuges, estando o outro impossibilitado de dar indicações, isso não faz beneficiado para a presunção do art. 203 o cônjuge sobrevivente: trata-se de favor à prole comum, e só a ela (5ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 5 de setembro de 1924, *RD* 78/409). O Supremo Tribunal Federal, no acórdão de 18 de maio de 1921, satisfez-se com um dos cônjuges ter falecido. E cedo que o acórdão foi, depois, reformado, em grau de embargos, mas pelo fundamento de que, se os pais, ao registrarem o filho, que se pretende nascido na vigência do casa -

mento que se quer provar, não declararem ser casados, ou ser concebido na constância do casamento o filho, e procederam contra tal afirmação, não cabe a prova pela posse de estado de casados. (*Aliter,* se não foram eles os que foram registrar.) Se o sobrevivo não é demente, podendo, portanto, certificar os filhos do lugar em que se efetuou o casamento, não pode ser invocada a exceção especial do Código Civil. A recusa do pai ou mãe sobrevivente a dar informações requeridas pelos filhos não pode, em caso algum, equivaler à impossibilidade de dá-las por morte, demência, surdo-mudez, ou ausência.

14 *Que os pais tenham vivido, pública e notoriamen te, como marido e mulher, isto é, na posse de estado de casados.*

Entendem-se na posse de estado de casados os que são tidos como tais pela família e pela sociedade em que viveram.

Cabe ao juiz apreciar as circunstâncias. A posse de estado pode ser provada por todos os meios legais ou extraordinários, como sejam: cartas, depoimentos de épocas anteriores etc., além de contas do casal, recibos e mais dados de caráter íntimo. Quando falta o registro civil, ou, tratando-se de casamentos celebrados ao tempo do casamento religioso sem registro civil, o assento eclesiástico, a regra que governa a substituição da certidão é a do art. 202, parágrafo único, e não a do art. 203 do Código Civil. O art. 202, parágrafo único, supóe destruição, perda, ou qualquer cancelamento material dos livros do registro, civil ou eclesiástico, conforme a hipótese. Para a incidência do art. 203, basta a ignorância do registro, ou de qualquer outra prova. Nem sempre os tribunais prestam atenção à diferença entre o art. 202, parágrafo único, e o art. 203: o primeiro alude a outras

espécies de prova, que suprem a falta ou perda do registro civil; o segundo indica meio de prova, ou, melhor, presunção, a favor da prole comum. Exemplo de confusão entre os dois preceitos transparece em acórdão do Supremo Tribunal Federal, datado de 18 de maio de 1921. A posse de estado de casados resulta, para a mulher, da *nominatio,* isto é, de ter o nome do marido, do *tractatus,* que é o fato de ser tratada, como mulher, pelo marido, e da *reputatio* ou *fama,* que é o ser conhecida do público como mulher daquele com quem se diz casada (5ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 25 de setembro de 1924).

c)

Que a prole comum prove que o é. A lei favorece àqueles que são filhos dos que se dizem casados e, pois, precisam provar essa filiação (no caso, só a filiação, porque a concepção na constância do casamento resulta da presunção mesma, que a posse de estado de casados dos pais estabelece), e aos descendentes, aqui concebidos ou não na constância do casamento, dos filhos. A posse de estado, que excepcionalmente se permite como meio de prova, é no tocante aos pais, e não aos filhos. No direito anterior, era possível a posse de estado de filho ter valor de prova, e então se dizia que a posse de estado de filho tinha três elementos: *a) nominatio,* isto é, ter o filho o apelido do pai; *b) tractus,* que é o ser tratado e educado como filho; *c) reputatio,* vale dizer, ser tido e havido por filho, na família e na sociedade em que vivia. Com o Código Civil, a posse de estado de filho é apenas *uni dos elementos* com que se concorre para a prova da filiação, na ausência do termo de nascimento (cf. art. 349: "Na falta, ou defeito do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação, por qualquer modo admissível em direito: 1 - Quando houver começo de prova por escrito proveniente dos pais, conjunta ou separada-mente. II - Quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos."). A posse de estado consiste numa série de fatos, que, por sua significação própria, ou comum, e por sua mútua concordância, importam situação de reconhecimento do filho pela família, a que diz pertencer Mas entra na classe das presunções, de que cogita o art. 349, muitas vezes auxiliada por começo de prova por escrito, proveniente dos pais, como as cartas, os retratos oferecidos, as dedicatórias, os requerimentos a repartições públicas relativos ao filho. Se o filho recorre a tal prova, nada tem ela com o art. 203, que somente diz respeito â posse de estado de casados dos pais. Podem concorrer as duas desde que cada uma se refira à relação de parentesco que lhe concerne. (Na P edição do *Tratado de Direito de Família,* achamos que os filhos tinham a posse de estado assegurada, à semelhança da posse

de estado de casados dos pais. O nosso engano foi repetido pelos livros de direito de família, que se lhe seguiram, com dano para a doutrina. Na 2ª

e na 34 edições, corrigimos o que nos escapou em 1916.)

A prova da filiação faz-se pela certidão do termo do nascimento, registrado no Registro Civil de Pessoas Naturais, dizia o Código Civil, art. 347, antes da edição da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 10. Ninguém pode vindicar estado com-trário ao que resulta do registro do nascimento (Código Civil, art. 348; Lei nº 6.015, art. 113). Se não há o termo do nascimento, nem mais pode ser feito, cabe ao filho a ação para provar a filiação havida no casamento (Código Civil, art. 350; Lei nº 6.015, art. 102, *2ª)),* na qual há de dar prova da filiação, porque o estado de casados dos pais falecidos é beneficiado pela posse, com que morreram, segundo o art. 203.

O filho, cuja certidão de nascimento mostra que, ao nascimento dele, o pai era validamente casado com outra mulher que não a sua genitora, não podia aproveitar-se da exceção do art. 203, porquanto, *ex hypothesi,* seria concebido fora da constância do casamento tal filho, e a presunção legal em seu favor iria ferir direitos de filhos cuja concepção no casamento seria firme. Tinha, portanto, de provar a celebração do novo casamento, pois, se écerto que todos os filhos comuns anteriores se legitimavam, étambém de notar-se que a presunção desaparecia: iria favorecer direito pouco provável. Na hipótese de subsequente matrimônio, não há a presunção legal da paternidade. Menos ainda, a de ser válido o casamento que teria existido durante época de sérias dúvidas quanto a ter-se prolongado o vinculo de outro, durante o tempo em que se pretende ter existido a posse de estado. *Aliter,* sob o direito atual, uma vez que os filhos têm os mesmos direitos e qualificações, pré-excluídas quaisquer designações discriminatórias da filiação, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção.

d) Que a presunção de concepção na constância do casamento derivada da prova da posse de estado de filho não seja destruída pela certidão do registro civil, que evidencie ser já *casado algum dos pais quando se presume ter contraído o casamento impugnado, era o quarto pressuposto do art. 203.*

Natural que o Código exigisse esse pressuposto: pois, se havia o

impedimento anterior de já ser casado, não podia recasar-se o pai; nulo o pretendido segundo matrimônio por esse motivo, *ex argumento bigarniae,* a presunção em favor do filho seria descabida, indo violar direitos dos filhos do casamento antecedente, mais valioso, dada a *virtus probandi* da certidão do registro civil, que, para esse efeito, não pode ser suprida, salvo o caso de casamentos efetuados antes de 1890, pois esses se provavam pela certidão do assento paroquial, equiparado, estritamente, ao assento do registro público, em se tratando de núpcias anteriores ao casamento civil (Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 50). Tal pressuposto apagou-se, porque o discrime entre filiação havida da relação de casamento válido e de casamento inválido,

"em prejuízo da prole comum"(art. 203), é hoje juridicamente inadmissível: "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, terão os mesmos direitos e qualificações (Constituição de 1988, art. 227, § 6Q); *a fortio ri,* havidos da relação do casamento, posto que nulo o segundo matrimônio (Código Civil, art. 183, VI). A prova contra a que se origina de estado de casados, segundo o art. 203, tinha de ser a da certidão do registro civil, ou da certidão das autoridades paroquiais, se o casamento foi anterior à lei do registro civil (Supremo Tribunal Federal, 18 de maio de 1921, *RSTF* 32/171). ~*Quid iuris,* se houvesse duas provas, em processos diferentes, ou em reconvenção, da posse de estado de casados como se duas séries de filhos se pretendem concebidos na constância de casamentos que seriam simultâneos? A hipótese é difícil de acontecer, porém não é impossível. Ou há *quaestio facti,* que se tem de resolver segundo pareça à Justiça, pesando as provas, considerando-se só existente e provada uma das posses invocadas; ou se têm as duas por suficientemente provadas, com extensão à época do falecimento, o que só excepcionalissimamente poderia ocorrer; ou se tem de pensar na coexistência das duas posses de estado de casados, com a putatividade de um dos casamentos.

§ 799. *In dubio patritrimonio*

1. *O art. 206 do Código Civil.* O Código Civil edita, no art. 206, a seguinte regra, dirigida aos juizes: "Na dúvida entre as provas pró e contra, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo matrimônio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados." Trata-se de regra interpretativa das provas, mediante a qual o juiz que vacila tem de proferir julgamento *pro valore matrimonii.*

O

casamento não se presume existente, e só em caso de posse de estado de casados, falecidos os cônjuges, é dado presumir-se, uma vez que concorram os pressupostos apontados pelo art. 203. Não há, portanto, qualquer presunção da existência do casamento, e tal é o principio, a que os arts. 203 e 206 fazem exceção. Uma vez assente a *existência* do casamento posterior, o *favor matrimonii* importaria em desfavor do outro, que, posterior e provadamente existente, seria nulo por se pender para a afirmação da existência do primeiro. Daí ser preciso grande prudência na aplicação do art.

206, quando há dois ou mais casamentos.

2. *Exame das hipóteses.* As hipóteses merecem exame: *a)* Casamento anterior de existência duvidosa, posse de estado de casados ao tempo da existência do outro até a instauração do processo ou levantamento da dúvida: a regra jurídica do art. 206 tem todo cabimento, porque só se pode presumir ter existido o que se fortalece com a posse na vigência do outro casamento. E") Casamento anterior de validade duvidosa, com ou sem posse de estado de casados ao tempo da existência do outro: a regra do art. 206, que tem todo cabimento no caso 1, aqui não pode ser aplicada, nem no precisa ser, porque não há qualquer inversão do ônus da prova, nem é de mister exceção aos princípios, — quem alega a nulidade ou anulabilidade tem de prová-la; só se reputa provada, se as provas da nulidade ou anulabilidade *superam* as outras. *c)* Casamento anterior de existência duvidosa, sem posse de estado até a data da propositura da ação, ou do levantamento da dúvida sobre a existência, — nenhuma pertinência há para se invocar o art. 206, porque falta o pressuposto da posse de estado de casados. *d)* Casamento anterior de existência duvidosa, com posse de estado ao tempo da propositura da ação ou do levantamento da dúvida sobre a existência, mas também *antes* de novo casamento,

— toda pertinência há para se invocar o art. 206, porque há o pressuposto da atualidade da posse do estado de casados (art. 206, *verbis* "viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados"). *e)* Casamento anterior de existência duvidosa, com posse de estado, *que cessou* antes da propositura da ação, ou da instauração do processo ou do levantamento da dúvida: *a)* se cessou em virtude de decisão judicial (nulidade, ou anulação), não-aplicação do art. 206; *b)* se cessou espontaneamente, aplicação do art. 206 *(verbis* "ou tiverem

vivido"). Cumpre, porém, observar-se que a separação de fato e a separação judicial não bastam para estabelecer a cessação da posse de estado e que a separação judicial éafirmação de tal posse. *f)* Casamento posterior de existência duvidosa, com posse de estado ao tempo da existência do outro, mas *cessada* antes do levantamento da dúvida ou da morte de um dos cônjuges; aplicação do art.

206. » Casamento posterior de existência duvidosa, sem posse de estado ao tempo da propositura da ação ou do levantamento da dúvida ou da morte de um dos cônjuges: nenhuma pertinência para o art. 206. *k)* Casamento posterior de existência duvidosa, com posse de estado ao tempo da morte de um dos cônjuges, mas seguida, após isso, de atos do outro cônjuge contra tal posse anteriormente existente, *e.g.,* se o sobrevivo não se diz viúvo mas solteiro: aplicação do art. 203 ou do art. 206, a favor dos interessados na existência dele (se o art. 203, só a prole comum; se o art. 206, quaisquer interessados), salvo o cônjuge que não continuou na posse de estado, porque não lhe poderia aproveitar a posse que negou, se bem que contra ele possa ser aplicado o art. 206 (e.g., se se casou com outrem).

O

art. 206 pode funcionar a favor de dois ou mais casamentos da mesma pessoa. Se, *quanto* à *validade,* existindo dois ou mais casamentos, só um deles vale, não se dá o mesmo *quanto à existência:* dois ou mais casamentos da mesma pessoa podem existir e, na apuração das provas, invocar-se o *In dubio pro matrimonzo.*

O

favor da validade é caso particular do princípio *In dubio pro matrimonio,* porém não no é do art. 206 do Código Civil. Não se precisa, então, do fato de viverem ou terem vivido como casados para que o favor opere.

Aliás, nada obsta a que o *In dubio pro matrimonio* funcione para a declaração de putatividade dos casamentos posteriores, no caso de dúvida oriunda das provas pró e contra a boa-fé. Porque ainda é favorecer-se a instituição do casamento, no caso de tal dúvida, pender-se para a declaração de putatividade, — a mais notável criação sugerida pela boa-fé, no direito de família.

3. *Confusões a serem evitadas.* É de grande importância prática saber-se que o *favor matrimonii* do art. 206 só se refere àexistência do casamento (Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de julho de 1918, *RT* 27/494; Tribunal da Relação de Minas Gerais, 22 de março de 1919, *Forum,* VIII, 79, aliás já assim era no direito anterior, Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 5 de abril de 1892), pois nele são pressupostos a *dúvida* e a posse de estado, ao passo que — em se tratando de validade — se um *favor matrimonii* existe (por vezes prescindível, porque a nulidade ou anulação requer prova cabal), independe da posse de estado. Os escritores brasileiros não raro confundem os dois favores, um especial e outro geral, com evidente prejuízo da dogmática e da justiça. O Tribunal de Justiça de São Paulo (9 de abril e 6 de setembro de 1904, *SPJ* VI/95; cedo, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 5 de abril de 1892) pretendeu ligar a exigência da posse de estado ao problema da validade, o que constitui duplo erro: o *favor vinculi* refere-se a quaisquer casamentos, quando em dúvida a validade, ainda que não se tenha de invocar a posse de estado. Não se compreenderia que, havendo indecisão do juiz, propendesse ele para a anulação do casamento, ou para a decretação de nulidade, salvo a prova da posse de estado; tal posse de estado só é de exigir-se quando dúvida existe sobre a existência do casamento.

4. *Exclusão do favor.* Se a própria parte não afirma a existência do casamento religioso, como se ela entende que não houve assentamento nos livros paroquiais (Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de julho de 1918, EU 27/494-497), ou do casamento civil (art. 195), ou registro do casamento religioso, não cabe o art. 206.

5. *Um erro do Supremo Tribunal Federal.* O Supremo Tribunal Federal (9 de janeiro de 1923, *RSTF* 56/158) tirou do favor m *atrmoonii,* tendo havido a posse de estado de casados, a consequência de que, realizado no estrangeiro o casamento, ainda que falte o reconhecimento das firmas no Consulado brasileiro respectivo, a certidão faz prova bastante. Aliás, o Código Civil não distinguiu entre casamentos de Brasileiros realizados no Brasil e casamentos de Brasileiros realizados no estrangeiro. Se o *favor matrimonii* também se aplica aos casamentos de estrangeiros realizados no Brasil, ou no estrangeiro, é questão de direito internacional privado, cuja solução depende da qualificação adotada pela lei pessoal dos cônjuges. Não nos parece que a regra do Código Civil possa ser invocada como de ordem pública para o corte aos efeitos de lei estrangeira competente.

O

Supremo Tribunal Federal estava diante de certidão a que faltava formalidade de fácil preenchimento, ou de informe de registro de que se poderia tirar nova certidão. Náo precisava ir buscar o art. 206, sem qualquer pertinência; nem a posse de estado facilita ou dispensa formalidades de reconhecimento de firmas. A simplicidade de confusão conceptual, que se revela em tal julgado, foi às raias da ingenuidade.

§ 800. Casamento celebrado fora do Brasil

1. O art, 204 do Código Civil. O casamento celebrado fora do Brasil ou o é perante Agente consular brasileiro e, então, a prova dele é dada pela certidão do assento no registro do Consulado, ou fora do Consulado brasileiro, perante autoridades estatais ou paraestatais, ou extra-estatais, de ordinário confessionais, e seguem a lei respectiva. Diz o Código Civil, art. 204, que "o casamento celebrado fora do Brasil" se prova „de acordo com a lei do país onde se celebrou".

Nenhuma dúvida pode ocorrer quanto à pertinência de tal regra juridica, se se trata de casamento de pessoa, estrangeirO

ou Brasileiro, domiciliada no Brasil. Não assim, se ambos os cônjuges, ou um deles é estrangeiro, ou Brasileiro, não domiciliado no Brasil, e a sua lei pessoal não o submete à legislação local. Basta pensar-se no caso do estrangeiro que, estando noutro país que a sua pátria, se case no Consulado do seu Estado, situação semelhante à do domiciliado no Brasil que se casa perante o Agente consular do Brasil no estrangeiro. Vê-se bem que tal casamento celebrado fora do Brasil não se prova de acordo com a lei que regulou a forma do seu casamento, e pode não ter sido a *lex loci.*

O

casamento celebrado fora do Brasil prova-se pelos meios que a lei pessoal aponte, ou pela lex loci, se é a lei-conteúdo. Se o sistema juridico não tem a regra do art. 206 do Código Civil, não é ela de se invocar (sem razão, a nº

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de novembro de 1951, *RT* 197/219). O art. 204 refere-se a casamentos regidos pela lei brasileira; aí, a lex loci é a lei-conteúdo. Salvo, está claro, se celebrados em Consulado brasileiro (art.

204, parágrafo único).

2. O *parágrafo único do art. 204.* Acrescenta o parágrafo único do art. 204: "Se, porém, se contraiu perante Agente consular, provar-se-á por certidão do assento no registro do Consulado", independentemente da legalização da assinatura original do Cônsul do Brasil (cp. Lei nº 6.015, art. 32; Decreto nº 34.451, de 31 de janeiro de 1980, art. 2ª, *prj.* Também aqui é preciso notar-se que a regra só se refere aos Consulados brasileiros, urna vez que os países estrangeiros podem entender que os casamentos dos seus domiciliados ou adstritos realizados nos seus Consulados sigam a forma local, ou se submetam a registro no pais, caso em que a prova é dada de acordo com a lei do país onde se celebrou.

Os assentos de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, segundo a *Iex loci;* porém para eficácia no Brasil, terão de ser trasladados nos cartórios do 1ª Oficio do domicilio do registrado ou no 1ª Ofício do Distrito Federal, se incógnito o domicilio, "ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores" (Lei nº 6.015, art. 32, § 1ª).

A 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de fevereiro de 1953 *(RT* 211/161), disse que as autoridades consulares brasileiras somente têm competência para celebrar casamento de Brasileiros, domiciliados no Brasil mas dele ausentes. Esqueceu-se, e.g., do casamento dos Brasileiros, domiciliados no Brasil, só um dos quais se ache no estrangeiro. Se o Brasileiro, nubente, é domiciliado no Brasil, não pode no Brasil casar-se perante o cônsul do pais do outro nubente (2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de julho de 1939, *RT* 123/ 164); mas estando no estrangeiro, pode-se casar no pais em que se acha ou no consulado do pais do outro nubente. O estrangeiro domiciliado no Brasil pode casar-se no Consulado brasileiro.

Sobre o casamento de funcionários diplomáticos e consulares

brasileiros, Decreto nº 23.806, de 26 de janeiro de 1934; sobre o casamento de funcionários da carreira de Diplomacia com pessoa de nacionalidade estrangeira, Lei nº 1.542, de 5 de janeiro de 1952, arts. 1º,2º.

Sobre casamento de servidor das carreiras do Serviço Extenor com pessoa empregada de Governo estrangeiro, ou que dele receba comissão ou pensão, Decreto de 30 de março de 1998.

Sobre o casamento dos militares da ativa, Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, arts. 144-145.

Capítulo Xl

Pressupostos de existência do casamento

§ 801. Pressupostos necessários à existência do casamento

1. *Conceito de casamento inexistente.* É preciso que não se confundam os *impedimentos* e os *pressupostos necessários* àexistência do matrimônio. Se bem que todos sejam causas impeditivas, os obstáculos á existência do casamento são evidentes e têm valor absoluto, são consubstanciais ao contrato do matrimônio, de modo que os Códigos nem sequer os mencionam (cf.Menge, Zur Lehre von der Nicht-Ehe, *Archiv for die civilistische Praxis,* 102, 460-467). A distinção entre *matrimonium non existens* e *matrimoniurn nuilum,* a que correspondem as expressões portuguesas “casamento não-existente” ou “casamento inexistente” e “casamento nulo” (bem como “casamento anulável”), e as expressões alemãs *Nicht-Ehe,* ou *Nichtehe, nichtige Ebe* (bem como *anfechtbare Ebe),* não depende do direito positivo: édicotomia fundamental intrínseca, porque tudo que não é casamento, ou não basta para que a lei considere casamento, é não-casamento, e pois *matrirnonium* non *existens,* se se apresenta e se se pretende seja casamento. O suporte fático não entrou no mundo jurídico.

Tratando do Código Civil italiano, escreveu E. Pacifici-Mazzoni *(Istituzioni,* VII, 12) que o Código não declara serem necessários tais requisitos, porque naturalmente subentende que são de evidente necessidade.

2. *Existência, validade e infração de impedimento.* Os impedimentos são derivados dos pressupostos negativos ou positivos para a *validade* (dirimentes) ou para a *permissão* do casamento (impedientes). São pressupostos *positivos,* isto é, necessários para a realização do casamento, os que consistem na existência de fato requerido pela lei, como a puberdade; *negativos,* os que consistem na ausência de fato exigida pela lei para que se possa contrair o casamento, como a consanguinidade até certos graus (Gianturco, *Sistema,* 1, §§ 94 e 103; Duranton, *Cours,* 209). Cometida a infração, tal casamento existe, embora possa ser declarado *nulo,* quando o impedimento for dirimente absoluto, ou *anulado,* se o impedimento for dirimente relativo, ou, ainda, ser *válido,* se a causa impeditiva obstaria apenas à celebração, mas, uma vez celebrado, não puder ser inquinado de inválido o casamento.

(A expressão "de nenhum efeito", usada pelo Código Civil, não é feliz: o casamento nulo tem, pelo próprio Código Civil, efeitos, mesmo sem militar a escusa da boa-fé, tais como quanto à prestação de alimentos e quanto ao impedimento, para a mulher, de casar dentro dos trezentos dias seguintes à separação de corpos.) Se a exigência infringida concerne à *existência* do matrimônio, o mesmo não se dá. Não há nulidade, nem anulação; porque o contrato nunca *existiu.* Foi pura materialidade *de fato,* sem nenhuma significação jurídica (E 5. Bianchi, *Principii generali suile Leggi,* 526), ao contrário do ato nulo, que teve vida jurídica, embora viciado, mas que pode ser revalidado, ou conservar a sua existência, inicialmente precária, por se não ter requerido nunca a nulidade, ainda que insanável o vício.

3. *Diferença de sexo e celebração do ato.* São pressupostos necessários à existência do casamento: *a)* diferença de sexo; *b)* celebração do ato. Excluimos o consentimento porque os vícios de consentimento, tendo sido celebrado o matrimônio, não tornam, em nosso direito, inexistente o casamento, pois a coação e a incapacidade de consentir, e o erro foram postos no Código Civil como impedimentos dirimentes: tornam apenas *anulável* o ato. Essa doutrina é preferível, realmente, á do antigo Código Civil italiano, interpretado pela doutrina. Aliás, o

Código Civil italiano se prestava igualmente a essa interpretação, que só exige dois pressupostos para a existência do matrimônio. Também sobre falta de consentimento, tornando inexistente o casamento, veja-se M. Planiol *(Traitá élémentaire,* III, 12). O atual Código Civil italiano, arts. 84, 87, 88 e 117, não se prestaria à interpretação que repelimos.

a) Destarte, a união, ainda quando solenemente feita, entre duas pessoas do *mesmo* sexo, não constitui matrimônio, porque ele é, por definição, contrato do homem e da mulher, *viri et mulieris coniunctio,* com o fim de satisfação sexual e de procriação. Advirta-se, porém, em que a conformação viciosa ou a mutilação dos órgãos sexuais não torna impossível a existência do casamento (E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Diritto Chile italiano,* VII, 12), se o sexo pode ser reconhecido e se distingue do sexo do outro cônjuge. A ignorância de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível entra na classe dos impedimentos dirimentes relativos: concerne, portanto, à *validade,* e não à *existência* do casamento. Se, no caso de conformação viciosa, predomina o sexo igual ao do outro cônjuge, está expressa a figura da igualdade sexual, e, *ipso facto,* inexistente o casamento. Dar-se-á o mesmo em caso de indistinção sexual, *quia coniuqe non habet sexurn* (Zachariae, *Le Droit Civil français,* 1, 171; aliás era bem de esperar que ao formulador da teoria dos atos inexistentes não escapasse o caso do "cônjuge sem sexo"). Na jurisprudência brasileira, encontra-se o julgado do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal (21 de outubro de 1895, *OD* 68/540), que, na vigência do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, considerou inexistente o casamento contraído entre duas pessoas do mesmo sexo, julgado em que, acertadamente, se houve por imprescindível a ação contra tal casamento. A terminologia, aliás, no acórdão, não é rigorosa. Também nele se comete grave erro de doutrina, qual o de se reputar *matrirnonium non existens* o casamento contraido entre pessoa de sexo firme e outra de estado intersexual, hermafrodita, quer andrógino, quer ginandro. Se o sexo preponderante é diferente do sexo do cônjuge normal, ou há dúvida sobre a preponderância, tal casamento apenas é anulável por defeito físico irremediável. O acórdão não atendeu à distinção, e daí o perigo na sua consulta. Problema sêrio surge com as operações fixatórias.

Se, durante o período que vai da celebração à propositura da ação declaratória, o que figurara como de sexo que não é o predominante se submete a operação ou tratamento que fixe sexo oposto ao do outro figurante, o casamento *existiu* e *existe,* pela consideração de que não era certo que um dos sexos não pudesse ser fixado, coincidindo ser

contrário ao do outro figurante. Na ação declaratória, quer positiva quer negativa, somente pode ser alegado e provado que o sexo contrário ao do outro figurante *já* prepondera, e não *que pode* vir a preponderar. Todavia, o que alega a operabilidade ou o tratamento eficiente pode pedir que se marque prazo para a operação, ou o tratamento.

b)

Quanto à celebração, segundo requisito essencial para a existência do casamento, há duas espécies distintas: a irrealização do ato ou celebração por pessoa que não tenha nenhuma parcela de *iurisdicto,* e a efetuação por autoridade incompetente. Na primeira espécie, a ausência do pressuposto afeta a existência própria do matrimônio. Na segunda, pode ser o caso previsto no art. 208, relativo à nulidade do contrato matrimonial, sanável depois de dois anos. Se um homem conduz uma mulher perante alguém, que não é autoridade para casar, simula o casamento e, depois, convive ou não convive com ela, esse fato, com significação juridica possível, não pode ser equiparado a matrimônio. É inexistente, como casamento. O casamento religioso sem efeitos civis, não sendo, como não é, reconhecido pelo Estado, concorre para situações idênticas. A união nesses casos não é nula, nem anulável: tem existência *legal* (Constituição de 1988, art.

226, § 30; Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, arts. 1ª-9ª).

Suponha-se, por outro turno, que esse alguém, perante quem o individuo levou a sua companheira, seja juiz municipal, ou delegado de polícia. aE nulo ou inexistente esse casamento? A jurisprudência italiana responde que a incompetência de que se trata não é a incompetência territorial do oficial do registro civil ou do juiz de casamento. Cf. Corte d‟ApelIo, Roma, 4 de março de 1902: “A incompetência de que se fala não se restringe a incompetência territorial do oficial do estado civil ... O matrimônio não é radicalmente nulo por defeito de jurisdição do oficial celebrador, o que se teria, por exemplo, pela celebração do matrimônio perante conservador das hipotecas (!), ou recebedor do registro Erradíssimo, pois que a expressão “autoridade incompetente”, a que se refere o Código Civil, art. 208, se limita à autoridade territorial, ou pessoalmente incompetente, isto é, à incompetência *relativa,* e não à *absoluta.* No Distrito Federal, e.g., são juizes especiais que de ordinário presidem à celebração do matrimônio. Se um casal contraiu núpcias perante o juiz de casamentos em Niterói, e não perante o juiz de

casamentos da Capital Federal como devera, esse casamento é *nulo,* mas, passados dois anos, estará sanada a nulidade; se esse par contraiu núpcias perante o juiz de uma das varas criminais ou civeis, ou dos Feitos da Fazenda Pública, esse casamento não é nulo: não pode ser válido no fim de dois anos. E

inexistente.

4. Incompetência absoluta do celebrante. A incompetência de que fala o Código Civil é a incompetência *ratione loci,* como no caso acima citado (incompetência territorial), ou a incompetência *ratione personarum,* como, por exemplo, se um juiz celebra o casamento de outro juiz, quando esse casamento devera ser celebrado por juiz superior a ele. Nas demais hipóteses de matrimônio presidido por juiz *absolutamente* incompetente, o contrato não énulo nem anulável, e sim inexistente (Baudry-Lacantinerie e Hougues-Foucarde, *Traitê théorique et pratique,* II, 409 e 113).

Se ocorre que, celebrado por juiz que não é o de casamento, se registra em livro de casamentos, com a assinatura desse juiz, ou de outro juiz — competente, ou não, ou juiz de casamentos mas incompetente *ratione loci* ou *personae* — há certidão de registro de casamento e o casamento *existe,* posto que *possa* não valer. Aliás, só em processo ordinário se decidirá isso.

Se o celebrante ainda não havia iniciado o exercício do cargo, autoridade não era. É no plano da existência que se põe o problema, e não no plano da validade (sem razão, a Câmara Civil da Corte de Apelação de Mato Grosso, a 1ª de março de 1937, *RT* 119/335, que, em vez de aprofundar o problema no direito brasileiro, se perdeu em citações de livros estrangeiros, que aliás dizem o contrário: ser inexistente o casamento).

5. *Celebra* ção *do casamento religioso.* Em matéria de celebração do casamento religioso, *a* Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, não era de inspiração diferente da que instrui o Código Civil: havia o art. 10, que dizia revalidarem-se, com o registro civil, os casamentos religiosos que seriam nulos e até aquele que se realizasse perante falso ministro da confissão escolhida. Não é outra a solução de hoje, diante do art. 8ª da Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950, em vigor: “a inscrição no Registro Civil revalida os atos praticados com omissão de qualquer das formalidades exigidas, ressalvado o disposto nos ads. 207 e 209 do

Código Civil".

6. O *problema da falta de* consentimento. Alguns autores consideram a falta de consentimento dos contraentes óbice à existência mesma do casamento. Assim, haveria matrimonium non existens em três casos, e não só em dois: diversidade de sexo; celebração do ato: não-consentimento dos contraentes. Discreparam, podanto, do que dizíamos na 1ª edição. A opinião deles não preponderou, e Clovis Bevilacqua ficou do nosso lado. O argumento que nos opunham era o da possibilidade de não ter havido nenhum consentimento. Cedo, o Código Civil emprega palavras insuficientes no art.

183, IX, quando diz que não podem casar "as pessoas por qualquer motivo coactas e as incapazes de consentir, ou manifestar de modo inequívoco, o consentimento". Mas o intérprete tem de atender a que celebração exige cedas formalidades que são, de si só, índices de vontade dos nubentes, tais como as assinaturas, as declarações perante o juiz, ou as declarações do procurador. Se houve qualquer restrição na vontade, para que se formasse a aparência do casamento, trata-se de coação, sem se precisar entrar na apreciação do grau. Se a pessoa ignorava o ato, como se por ela fatou falso procurador, tem-se de anular o casamento, e não de declará-lo inexistente, porque celebração houve e, havendo o juiz considerado bastante a procuração e com as devidas formalidades (talvez procuração por instrumento público), o caso omisso há de ser regulado segundo as regras de analogia. Portanto, diante da insuficiência literal do art.

183, IX, tudo indica que deve ser tratado como seria o caso do incapaz de consentir e do coato. Sempre que se vai discutir sobre ter ou não havido pleno consentimento, a ação de invalidade é indispensável, sob pena de se expor o casamento a simples declaração de inexistência, em qualquer rápido despacho de juiz. *Matrirnoniurn* non existens é apenas o casamento em que não há homem e mulher, ou em que não houve celebração seguida de registro. Não se recebe, no direito matrimonial, a solução da Parte Geral sobre a vis *absoluta.* Claro é, porém, que se exige a *presença,* ainda que por procurador.

Para se ver a que absurdo chegaria, no direito brasileiro, a opinião de Eduardo Espínola, seguida por J. M. de Carvalho Santos, basta pensar-se em que, celebrado o casamento sem o consentimento de um dos nubentes, ou de ambos, a simples declaração de inexistência, que dispensa qualquer rito processual, não atenderia a que vontade

posterior poderia ter ligado os cônjuges, que sem consentimento se casaram, o que estabeleceria a plena validade do matrimônio. Ora, não há sanação de casamento inexistente, porque o que não existe não se sana: só se sana o que tem defeito, só se sana o que não está são, o que está eivado de algum vicio sanável.

§ 802. Regras jurídicas gerais sobre casamentos inexistentes

1. Inexistência e *inualidade.* Os princípios que regem as nulidades não incidem quanto aos casamentos inexistentes.

Esses casamentos não exigem, sequer, a ação de nulidade propriamente dita. Pode o interessado, porém, requerer *declara* ção ao juiz, que, examinando o titulo e a situação de fato, dirá se é inexistente ou não, isto é, se a situação tem ou não existência legal. Não pode o juiz recusar-se a isso, pois a inexistência do casamento pode ser invocada por interessados, legitimamente (Baudry-l-.acantineúe e Hougues-Fourcade, *Traité theórique et pratique,* II, 279: "A vrai dire, si la non-existence de lacte était contestée, il faudrait bien qu"elle fút reconnue par l"autorité judiciaire, et celle-ci appellée àstatuer en ce débat comme en tous les autres: mais elIe ne pourrait procéder alors que par vois de constatation, et non d"annulation propremeni dite"), ainda se foi proposta a ação de nulidade, ou de anulação. Dizia E Laurent *(Cours,* 1, 246): "Ces mariages ne donnent pas Ileu à une action de nullité proprement dite; on ne peut pas demander Ia nullitê du nêant." A ação a propor-se é a ação declaratória negativa.

A declaração de inexistência, nos casos de mesmo sexo, tem de apoiar-se na prova pericial, provavelmente em fotografias e laudos. A declaração de inexistência, nos casos de não-celebração, confunde-se com a declaração de nãoexistência do registro, que é o que *exprime* o casamento civil e o que dá efeitos *ciuis* ao casamento religioso. A decisão judicial fica dependente do seu valor intrínseco. Se o juiz diz que o sexo é o mesmo, e não no é, têm as partes e os interessados, inclusive o Ministério Público, o direito de impugnação (recursos, remédios contra a decisão), dentro dos princípios de direito processual. Se a pessoa que figura como nubente não era a que estava presente, casou-se essa, e não aquela.

2. *Défice* no *suporte* fótico. O casamento nulo é eivado de vicios que lhe dão existência precária; o inexistente é simples aparência, se bem que por vezes tenha o juiz ou a parte a necessidade de proclamar a sua inexistência jurídica. Pode mesmo o juiz declarálo de oficio, embora não possa fazer o mesmo em se tratando de nulidade.

Sem a prova do ato de celebração, ou sendo o mesmo o sexo dos Cônjuges, não devem esses ser recebidos para litigar sobre o casamento, embora possam, em objeção, se for demandado o pretenso casal, alegar em seu favor, ou no de outrem, essa inexistência.

Contra o casamento inexistente não corre qualquer prescrição ou prazo preclusivo. Não pode o filho de casamento não-registrado invocar a prova da paternidade, para o efeito de prestação de alimentos, segundo o art. 405, o que o Código Civil só permite, no máximo, ao casamento nulo.

3. *Boa-fé e inexistência do casamento.* Não só. O matrimônio inexistente não goza, ainda quando de boa-fé, dos efeitos civis que a lei atribui ao casamento putativo. Durante a ação de nulidade ou anulação do matrimônio, a mulher pode pedir alimentos provisionais *(ad litern* e para seu sustento durante a ação), bem como a separação de como. Não os poderá decretar o juiz, nem a mulher terá direito à pensão alimentícia, se a dúvida versar sobre a me *xistên* cio do casamento. O juiz recebe, nesse caso, o requerimento de declaração de inexistência e dirá do assunto, sumarlissimamente, em simples despacho na petição. Não se trata de ação, mas de diligência com fim exclusivamente declaratório. Isso não exclui a proponibilidade da ação *decloratório* do art. 4ª, 1, do Código de Processo Civil, se o autor a prefere, ou se é aconselhável para a verificação da mesmeidade do sexo. Tal era a prática. Tal a doutrina. Como, porém, se explicitou no direito processual brasileiro a ação *declarntória,* tudo aconselha a que se recorra a ela, como o seu remédio processual próprio. Garantia maior para as partes e para a instituição do casamento. O exame dos órgãos genitais é suficiente, no caso de igualdade de sexos. Isso não quer dizer que, se a própria aparência e fatos provados forem concludentes, se precise dele. No caso de *falta* de registro, como o ônus da prova compete ao interessado na existência (salvo se é de se aplicar o art. 206), inclusive o Estado, tudo se simplifica.

A lei não manda que, nas declarações de inexistência, se nomeie *defensor matrimonii;* mas é de exigir-se aos juizes tal nomeação. O Ministério Público é sempre interessado. (Note-se desde já, a diferença entre as funções do Ministério Público e as do *defensor* matrfrnonii, assunto que adiante versaremos; porém foi mais pormenorizadamente tratado em nossos *Comentários* ao Código *de Processo Civil.)*

4. Ação rescisória *das sentenças.* A ação rescisória cabe contra a decisão que declare a existência ou a inexistência, desde que se deu algum dos seus pressupostos *e* a lei processual acha que passou em julgado a decisão.

5. *Ineficácia do casamento inexistente.* Casamento inexistente écasamento sem qualquer eficácia. Nisso ele se diferença do casamento nulo, conforme dissemos. A coabitação pode ter efeitos, mas são dela, e não do casamento inexistente.

Em todo caso, com a Lei nº 6.015, como com a derrogada Lei n0 1.110, como com a ab-rogada Lei nº 379, o casamento religioso que, antes do registro, é legalmente inexistente, portanto não constitui impedimento dirimente a outro casamento — produz impedimento impediente, e é crime contrair-se casamento civil ou religioso registrado depois de casamento religioso, celebrado com observância da lei, embora ainda não-registrado, se vem a ser pedido o registro.

6. *Ações quanto a inexistência.* Quando o direito processual civil (Código de Processo Civil, art. 4ª,l) permite as ações declaratórias, entendem-se incluidas as ações declaratórias em que se pede: a) a declaração da existência do casamento; *b)* a declaração da inexistência do casamento; *c)* a declaração do restabelecimento da vida conjugal (Lei nº 6.515, de 26

de dezembro de 1977, art. 50, § para se elidir a continuidade dos dois anos; art. 319, II, antes da Lei n0 6.515, art. 54, para se declarar a existência do perdão; Lei n0 6.515, art. 46, para os efeitos totais; art. 341, para a declaração da convivência conjugal etc.). Aliás, ainda que a lei processual não houvesse admitido a ação declaratória, teria tal caráter, necessariamente, a de declaração de existência ou inexistência

do matrimônio.

Nas ações de declaração de existência ou de inexistência do casamento, o juiz pode levar em conta fatos não alegados pelas partes e decretar de oficio provas que não produziram, nem foram referidas. Também lhe é dado ouvir as partes como meio de prova ou de informação. Ocorre o mesmo quando, em vez da existência do casamento, está em causa a sua validade (nulidade ou anulabilidade), sendo, porém, de notar-se que, nos casos de ação privativa do cônjuge, não podem ser estranhas às alegações e promessas de prova do autor as razões de decidir do juiz.

Na classificação das ações, aquelas que concernem à existência ou inexistência do casamento são *ações declarativas,* com eficácia de coisa julgada material, portanto só entre as partes; as ações que têm por objeto nulidade ou anulação de casamento são ações *constitutivas,* cuja eficácia não é, portanto, só *inter portes.* Muitos erros são cometidos em direito de família por ignorarem os juizes e advogados essa diferença, que é capital.

7. *Desistência, recurso e transação.* Nenhuma parte pode, negocialmente, renunciar a recurso contra a declaração de inexistência, ou contra a decretação de nulidade ou de anulação, Tampouco vale desistência, acordo de desistir, ou transação. Isso não quer dizer que se não possa deixar de recorrer No plano só processual, é possível a desistência da ação, segundo as regras de direito processual (Código de 1973, art. 267, VIII, e § 49) Salvo nos casos do art. 208, parágrafo único, e nos em que o Ministério Público propõe a ação, ou poderia propor, não é ele *parte.* Pode produzir provas por sua conta, recorrer etc. Não assim o *defensor matrimonii:* esse só defende; não pode alegar ou provar contra o casamento, quer no tocante à sua existência, quer no tocante àsua validade.

8. *Celebração, presença e prova.* Pode dar-se que haja o registro do casamento, mas *a)* não tenha estado presente o juiz que se dá por celebrante, ou *b)* não tenha estado presente uma das pessoas que se apontam como nubentes. Nas duas espécies, não houve celebração: a celebração é em relação processual em ângulo (noivo-juiz; juiz-noiva), com os contatos interpessoais de contrato a ser integrado pelo juiz. O

casamento, nas duas espécies, não existe, porque celebração não houve: *(a)* se alguém o celebrou não era autoridade para lhe poder dar existência, ou alguém lhe fez as vezes, criminosamente (usurpação do poder público); *(b)* se A que se diz ter sido o nubente, ou B, que se diz ter sido a nubente, não esteve presente, o casamento não se realizou com eles, A e B não se casaram. Todavia, corno tais casamentos se dizem celebrados e não se pode ir contra ato do Estado sem se lhe alegar a nulidade (e ai o ato do Estado existiu, embora com falsidade), tem-se de propor a ação de procedimento comum ordinário. A prova é a de que não celebrou o casamento quem se diz, no ato público, ter celebrado, ou a de que a pessoa que se disse, no ato público, presente, não estava presente, não assinou. Exige o rito ordinário a ação em que se haja de provar que estava morto, no momento da celebração, o nubente representado. A alegação de estar revogada a procuração ao tempo da celebração é argúiçào de anulabilidade.

A anulabilidade do ato de nomeação ou provimento em cargo de juiz, se houve a investidura oficial, não atinge os atos por ele presididos ou praticados. A seu tempo, não seria de se invocar, porém, a Lei n0 2.425, de 9 de agosto de 1911, porque a revogaria o Código Civil se ela dissesse o contrário ao princípio geral de direito público, que o Código Civil supós.

Capítulo XII

Conseqüências dos impedimentos

§ 803. Eficácia dos impedimentos matrimoniais

1. *Classificação dos efeitos.* As infrações dos impedimentos possuem cinco espécies de efeitos: *a)* Efeitos comuns a todos os impedimentos, quer dirimentes quer proibitivos, dos quais um anterior ao ato: obstar à celebração mesma do matrimônio *impediunt fieri;* e dois outros posteriores: motivar, quando infringidos, cedas penalidades, e admitir o direito dos filhos aos alimentos. *b)* Efeitos comuns aos impedimentos dirimentes; e tais são: dissolver a sociedade conjugal, inquinando de nulo ou anulado o contrato, mas proibindo à mulher contrair novo

matrimônio antes de trezentos dias, salvo o caso de pado dentro desse prazo (Código Civil, art. 183, XIV). *c)* Efeitos peculiares aos impedimentos absolutamente dirimentes: quanto à filiação (art. 217), devido ànulidade e alegabilidade pelos interessados; permitir a prova da paternidade quanto à prestação de alimentos (art. 405) e em geral (art. 367), — e esse efeito é comum, a limitação é que é peculiar.

d) Efeitos peculiares aos impedimentos relativamente dirimentes: quanto à filiação (art. 217), a despeito da anulação; serem prescritíveis as ações que lhes correspondem. *e)* Efeitos especiais de cedos impedimentos: o viúvo ou a viúva, com filhos do cônjuge falecido, que se casa antes de fazer inventário do casal e dar partilha aos herdeiros, perde o direito ao usufruto dos bens dos mesmos filhos (art. 225); no casamento com infração dos impedimentos relativamente dirimentes (art. 183, XI-XVI), concernentes a pessoas sujeitas ao pátrio poder, à tutela (cf. Código Civil, art. 226, parágrafo único), ou curatela, e às mulheres de menos de dezesseis anos e os homens de menos de dezoito, bem como de todos os impedimentos proibitivos (art. 183, XI-XVI), é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro (art. 226).

O dever de dar bens a inventário e, pois, de fazer inventário negativo é de direito das sucessões. Se o viúvo ou a viúva, com filhos do cônjuge falecido, se casa sem o fazer, perde o usufruto dos bens dos filhos. Aliás, o art. 226 estabelece, com o art. 258. parágrafo único, o regime da separação de bens. Sem razão, a 3ªCâmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 5 de outubro de 1944 (RF 102/293), que interpretou os arts. 226 e 258, parágrafo único, como se não incidissem *não havendo bens,* e chegou a afirmar que "o inventário negativo não tem assento em lei"! Também não se pode admitir que somente haja a incidência dos ads. 226 e 258, parágrafo único, se *havia* bens do casal e filhos com o falecido, como pareceu à 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 25 de julho de 1944 *(RT* 158/ 787).

2. *Legitimação ativa e Ministério Público.* Diz o parágrafo único do art. 228: "Cabe aos interessados promover a aplicação das penas cominadas nos ads. 225 e 226. A das deste e do art. 227 será promovida pelo Ministério Público, e poderá sê-lo pelos interessados." A forma da primeira regra juridica é, evidentemente, infeliz. Dá a

entender, pelo menos á leitura superficial, que épreciso o pedido de algum interessado para que o viúvo, ou a viúva, com filhos do cônjuge falecido, que se case antes de fazer inventário do casal e dar partilha aos herdeiros, perca o direito ao usufruto dos bens dos mesmos filhos (art. 225), bem como para que, nos casos de casamento com infração do art. 183, XI-XVI, se estabeleça o regime da separação de bens, ou a vedação de fazer o cônjuge infrator doações ao outro (art. 226). Tal não se dá: no caso do art. 225, o viúvo, ou a viúva, que se casou com infração do art. 183, XIII, não tem direito ao usufruto dos bens dos filhos do cônjuge falecido. O que os interessados podem pedir é a observância do art. 225, porque, quanto à incidência, não há dúvida que a houve, e não se há de pensar em pena, ou em qualquer ato suscitador da perda do usufruto. Cedo, no art. 225, está escrito „perderá", mas a expressão apenas significa que, efetuado o casamento com a infração do art. 183, XIII, o viúvo, ou a viúva, não tem direito ao usufruto dos bens dos filhos do outro leito. Não é diferente a situação resultante do art. 226. O regime, que se estabelece, quando alguém se casa com infração do art. 183, XI-XVI, em qualquer das espécies é, *ipso iure,* o da separação de bens, e não valem as doações que o cônjuge infrator faça ao outro. O que os interessados podem pedir é o pronunciamento da Justiça a respeito, quer para se mostrar que o regime é o da separação de bens, quer para a decretação da nulidade das doações feitas pelo cônjuge infrator ao outro. E

de notar-se que se trata de nulidade, e não de anulação (art. 226, *verbis* "não podendo").

A 5ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, no Agravo de petição n0 823, de 21 de outubro de 1935, deu ao art. 228, parágrafo único, quanto à infração do art. 225, interpretação literal, em grave confusão entre aplicação dos ads.

225, 226 e 228, parágrafo único, e nulidade do casamento. Em nenhum lugar do Código Civil há regra jurídica que faça ordinário o rito do processo das penalidades, e a invocação do art. 222 é de todo descabida, porque só se refere à ação de invalidade do casamento. Não há, na sistemática do Código Civil, nenhuma ação para anular regime de bens. Basta ler-se o art. 258, parágrafo único. Também errado, quanto à exigência do rito ordinário, o Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 14 de outubro de 1925.

Não fica ai a má redação do parágrafo único do art. 228: dá ao Ministério Público a promoção da aplicação das penas (aí, em

verdade, é de penas que se trata) nos casos dos ads. 226 e 227, procedimento que não teve em relação ao art. 225.

Poder-se-ia pensar que o Ministério Público está inibido de requerer as medidas ou propor as ações que se fundem nos ads. 225 e 226. Óbvio é, porém, que o Ministério Público, conforme os principios que regem as suas funções, está incluído na expressão "interessados".

§ 804. Efeitos comuns dos impedimentos

1. *Oposição dos impedimentos.* Os efeitos comuns a todos os impedimentos são, como vimos, poucos. O primeiro é o de impedir, qualquer que ele seja, a celebração do matrimônio. A impediência está contida na dirimência, como em si mesma. Todos os impedimentos têm o efeito proibitivo, quer sejam dirimentes, quer simplesmente impedientes. As oposicóes têm por fito obstar ao casamento projetado, correspondendo à *denunciatio* dos canonistas. Além de tal efeito, os impedimentos dirimentes permitem ações de nulidade ou de anulação. Os canonistas empregavam a expressão *accusatio.* A instituição da oposição, tal como hoje a temos, aparece nos séculos XIV e XV, quando já se fala em *oppositio* e *impedimentum opponere,* sendo de notar-se que também se empregou a palavra *impetitio,* em lugar de *oppositio.*

2. *Penalidades e outras sanções.* As penalidades ligadas aos impedimentos são de diferente natureza. De regra, os impedimentos constantes do art. 183, l-X, quando infringidos, suscitam, de si só, incidência da lei penal. Os demais, da lei penal e de regras de direito privado. O casamento, quer contraído com impedimento dirimente, quer com impedimento proibitivo, constitui obstáculo a que se contraia outro casamento. E impedjência geral resultante da existência de um casamento, ainda que nulo. Durante a vigência de casamento nulo ou anulável existem as relações conjugais, que não são consideradas extramatrimoniais, razão por que a sentença de nulidade ou de anulação é que vem estabelecer a sua extramatrimonialidade. Daí proibir-se â mulher, cujo casamento foi nulo ou anulado, contrair novo matrimônio antes de perfeitos trezentos dias, contados da dissolução da sociedade conjugal, salvo se, antes de findo esse prazo, dá à luz algum filho. Embora nulo, o casamento prova a paternidade quanto à prestação de alimentos e constitui elemento suficiente para

provar a filiação paterna e a materna, conforme estabelece o art. 367 do Código Civil.

Sob o direito anterior, a legitimidade derivava do casamento válido, ainda que com infração de impedimento proibitivo, e do casamento anulado, por explícita disposição do art. 217, enunciado que, hoje, perdeu sua *ratio essendi* em virtude do que a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, estatui. Eram, então, legítimos os filhos de casamento nulo mas putativo, ainda que só um dos cônjuges estivesse de boa-fé.

§ 805. Penalidades impostas aos celebrantes

1. *Multa* ao *oficial* do *registro público.* Incorre na multa a que se refere o art. 227, além de responsabilidade penal aplicável ao caso, o oficial do registro: 1) que publicar o edital de proclamas, não sendo solicitado por ambos os contraentes; 2) que der a certidão (art. 181, § 1ª), antes de apresentados os documentos da habilitação, ou pendente a oposição de algum impedimento; 3) que não declarar os impedimentos cuja oposição se lhe fizer, ou cuja existência, sendo dos que se opõem *ex officio,* lhe constar com certeza.

2. *Multas ao juiz.* Nas mesmas penas incorre o juiz: 1) que celebrar o casamento antes de levantados os impedimentos opostos contra algum dos contraentes; 2) que deixar de recebê-los, quando oportunamente opostos por pessoa competente; 3) que se abstiver de opô-los, quando lhe constarem, e forem dos que se opõem de ofício; 4) que se recusar a presidir ao casamento, sem justa causa.

3. *A Igreja e as irregularidades.* As penas por simples irregularidades vêm da Igreja. O Concílio de Latrão (1215) punia os que se casassem sem publicações prévias, o padre que desse bênção a tais uniões e os que tomassem parte no contrato delas. Não era possível invocar-se a putatividade; isto é, se fossem *nulos* por alguma razão cabal, não poderiam ser declarados putativos tais casamentos. Não havia, porém, a pena especial de nulidade.

4. *Competência para a aplicação das penas.* O art. 227 não diz qual a autoridade que há de aplicar a pena prevista. Ao tempo da pluralidade de processo, Cândido de Oliveira entendia que às legislaturas locais cabia designar o poder disciplinar, por se tratar de organização judiciária e de processo. Hoje, o processo é da competência legislativa da União, se bem que a organização judiciária continue, legislativamente, local. Trata-se de maté‟ria em que a competência federal é exclusiva, não ficando aos Estados Federados, sequer, o que a lei federal lhes deixar. E preciso prestar-se toda a atenção à diferença de repartição da competência legislativa entre a União e os Estados Federados desde a Constituição de 1946, e antes, sob a Constituição de 1937. A competência para legislar sobre processo toca à União, e só a ela (Constituição de 1988, art. 22, 1, 4ª parte). Não há competência para direito suplementar processual. O art. 24, § 2ª da Constituição de 1988 de modo nenhum anuiu em que os Estados Federados editassem *regras processua is,* pois a referência dele é tão-somente à legislação concorrente sobre procedimentos em matéria processual. Fora da legislação processual privativamente *federal,* só existe a possibilidade jurídica de lei complementar "autorizar os Estados a legislar sobre questões especificas das matérias relacionadas" no art. 22 da Constituição de 1988, entre as quais se insere, no inc.

1, o direito processual. As mesmas considerações hão de ser feitas quanto às penas do art. 228. A aplicação dessas penas será promovida pelo Ministério Público, e podem pedi-la os interessados (art. 228, parágrafo único).

5. *Indenização.* O Estado é responsável pelos danos causados pelo oficial do registro público ou pelo juiz, de acordo com o art. 37, § 6ª da Constituição de 1988.

§ 806. Nulidades e anulabilidades, sanáveis e insanáveis

1. *Nulidade.* Consideradas como motivos juridicos para impedir o casamento, as causas vedativas operam anteriormente; quando, porém, além de impedirem, declaram que os matrimônios infringentes serão irritos, os seus efeitos estendem-se e operam depois de celebrado

o ato. As vezes, se dirimentes absolutos, tornam nulo o matrimônio; outras vezes, se relativos, fazem-no anulável.

As nulidades ora são sanáveis, ora insanáveis.

Das nulidades só uma é sanável: a que provém da celebração do ato por autoridade incompetente, nulidade que desaparecerá se não se alegar dentro de dois anos a partir da realização do casamento (Código Civil, art. 208). Quanto aos impedimentos derivados da adoção, cumpre notar-se que a adoção também está sujeita a nulidades e anulabilidades.

No primeiro caso, o casamento da adotada com o adotante, ou vice-versa, não é nulo, porque nula é de pleno direito a adoção. No segundo, o casamento seria nulo, porque a adoção não é nula, e sim anulável, e as anulabilidades "não têm efeitos antes de ser julgada por sentença" (Código Civil, art. 152). Julgada, a sentença tem eficácia *ex tunc*.

Demos o exemplo. Foi adotada por A, que tinha quarenta anos, a menor ou maior B, com quem depois se casou. Aqui, a adoção, eivada de nulidade, não vicia o casamento. (Note-se que os princípios que regem a nulidade da adoção não são os que regem a nulidade do casamento.) Na ação de nulidade de casamento, o réu ou a ré pode opor a nulidade da adoção. Aliás, bastaria que a argUisse o *defensor* vinculi ou o Ministério Público.

2. *Anulabilidades.* As anulabilidades são, todas, sanáveis: 1) o que contraiu casamento enquanto incapaz pode ratificá-

lo, quando adquirir a necessária capacidade, e essa ratificação retrotrai os seus efeitos à data da celebração (art. 211); 2) quando requerida por terceiros a anulação do casamento do menor, por motivo de idade, poderão os cônjuges ratificá-lo, em perfazendo a idade fixada pela lei, ante o juiz e o oficial do registro civil (art. 216); 3) a falta de idade fica suprida implicitamente, se resultar gravidez (art. 215): éo clássico dizer canônico *Malitia suppleat aetatem;* 4) a anulabilidade derivada do casamento do raptor com a raptada deve ser equiparada, para esse efeito, à anulabilidade do casamento do coato, cuja ação respectiva prescreve em dois anos contados da

celebração ou preclui em seis meses (Torno VI, §§ 706, 5 e 708, 1).

O Código Civil não contém nenhuma regra juridica sobre a sanabilidade do casamento anulável por ter sido contraido entre o raptor e a raptada, mas é de crer-se que a tenha incluido no artigo referente aos coatos, pois esqueceu ao legislador prover àquele caso quando lixou, na Parte Geral, os *prazos* de prescrição (art. 178, § 5ª, 1; cp. Decreto-Lei nº

4.529, de 30 de julho de 1942, art. 1ª) e preclusão.

A anulabilidade oriunda da *falta* de consentimento sana-se com a aquiescência, isto é, com o consentimento posterior. A ação, *ad instar* do que ocorre com a anulabilidade por coação, p reclui em seis meses *apôs* a ciência do casamento em que figura como cônjuge (Código Civil, art. 178, § 1); depois, com o Decreto-Lei nº 4.529, de 30 de julho de 1942, passou a prescrever em dois anos contados da celebração. Todavia, o assunto teve de ser estudado cuidadosamente na Parte Geral (§ 706, 5).

3. *Ações constitutivas negativas.* As ações de nulidade promovidas pelo Ministério Público, bem como a de rescisão da sentença que decretou a nulidade ou a anulação, têm de ser dirigidas contra os cônjuges, como litisconsodes necessáriOs. O cônjuge de outro casamento da parte, cujo interesse pode ser prejudicado com a sentença, é litisconsorte voluntário. Todos podem recorrer e pedir rescisão da sentença que lhes causou dano.

O art. 215 incide ainda que o menor tivesse menos de quatorze anos, tendo sido anterior ou posterior ao casamento a concepção (5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de março de 1952, RI 200/3091.

4. *Litispendência.* As ações de nulidade ou de anulação só induzem litispendência quando o mesmo seja o fato trazido a exame e o mesmo o pressuposto invocado. Em todo o caso, ainda que seja o mesmo fato e o mesmo pressuposto invocado, não há litispendência se, num processo, ré é a mulher e autor o marido, e, noutro, réu o marido e autora a mulher, ou vice-versa.

Capítulo XIII

Não-validade do casamento

§ 807. Princípios gerais de direito matrimonial sobre conteúdo 1. *Princípios gerais e* direito de familia. Os princípios gerais sobre atos juridicos e contratos não incidem quanto ao casamento, salvo onde o permita a natureza desse. Em matéria de nulidade, de modo nenhum. Tem-se cometido grave erro em recorrer-se à Parte Geral ou ao direito das obrigações. O direito matrimonial tem principios próprios, escritos ou não-escritos.

2. *Direito especial sobre o casamento.* A falta da habilitação não é causa de nulidade (5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12 de dezembro de 1941, *RF* 92/113). Assim: *(a)* O casamento só é nulo, ou anulável, nos casos apontados por alguma regra jurídica inserta no direito de família. O

casamento do menor de dezesseis anos e do surdo-mudo que não pode exprimir o seu consentimento é anulável, *e* não nulo, como resultaria do art. 5º, 1 e III, porque os arts. 183, IX, e 209, derrogam *o* principio da Parte Geral. Outrossim, *e* pelo mesmo motivo, o do louco (derrogação do art. 5º,II).

(b) O casamento contraido com fim ilícito, ou contra os bons costumes, não é nulo, nem anulável, ao passo que seria nulo qualquer

outro contrato ou ato juridico causal (art. 145, II). Não poderia ser impugnado aquele que se realizou somente para que a mulher adquirisse o título nobiliárquico (certo, R. Motes, Die Namensheirat, Das *Recht,* 18, col. 66

si, ou o nome, ou o que só teve o fito do dinheiro, ou de encobrir as ligações entre o explorador de mulheres e a prostituta, ou o alcance do tutor quanto às contas da menor com quem se casa. Nula é, porém qualquer convenção conjugais de ordem quer sobre os bens separação judicial. matrimonial ilícita, quer sobre as relações pessoal, sobre os filhos, ou sobre os bens, adquiridos, quer sobre futura separação judicial.

(c) As declarações matrimoniais não podem ser feitas condicionalmente, ou a termo; de modo que, se, ao ter de consentir, o nubente só consente sob condição suspensiva ou resolutiva, ou a termo suspensivo ou resolutivo, é nulo o casamento, porque não obedeceu à forma e à declaração devidas. Há quem, ai, abra exceção ao principio de direito matrimonial que imuniza das nulidades por objeto ilícito ou conteúdo contra os bons costumes o casamento e veja na nulidade decorrente de declaração condicional, ou a termo, excepcional caso de contrato ilicito de casamento (Madin Wolff, *Lehrbuch,* II, *2,* 74). Sem raião, todavia. Tudo se tem de resolver no terreno do consentimento;; houve-o, ou não no houve. Cumpre, ainda, distinguir-se, segundo a lição canônica, a condição, ou o termo, que seja incompatível com a noção mesma do casamento, e a que não no seja. De regra, se, por ato de vontade *praeualens,* um dos nubentes pôs condição que exclui as relações sexuais ou que afasta os atos normais de geração, é nulo, por infração do fim e forma. A *condicio contra substantiam matrimonii* faz nulo o casamento. Não bastaria a tal conseqUência a intenção ou a convenção — secreta, ou não,, *mas fora do ato de celebração,* — de não convolar núpcias válichas ou incondicionais.

Aí, a vontade de conclui-las é *praeualens:* a oiutra seria secundária, ou consistiria em propósito futuro de abuso (Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonii,* editio nova ad rrnentem Codicis luris Canonici, II, 81). Se a vontade *praevalens* faz nulo o casamento, deve o celebrante abster-se de celebrá-lo, quer se trate de autoridade civil, quer de autoridade eclesiástica, oui, em geral, religiosa.

A condição si *generationem prolis evites* é inexistente, e o casamento vale; salvo com infração do art. 194 (não-consentimento), porque então a vontade condicionante seria *praeualens.* Aqui, levanta-se

questão delicada: a Igreja católica considera nulo o casamento com a condição *si generationem prolis evites* quando para tempo determinado, *e.g., post primum vel alterum filium,* se os nubentes quiseram restringir os seus direitos no futuro, e não só o abusar deles, e a lei civil (o Código Civil ou a lei pessoal de um dos cônjuges ou de ambos) não tem por infirmado o casalnento, *mas somente* inexistente *a condição.* Se bem que a Constituição de 1934 houvesse permitido às religiões a celebração do casamento, seguindo-se-lhe as de 1946, 1967, inclusive ccm a Emenda nº 1, de 1969, e 1988, não lhes concedeu mais que isso, isto é, a *forma.* Desde que se trata de saber se houve, ou nº0, o consentimento, ou se é válido, está em causa *pressuposto de conteúdo,* e não *de forma,* de modo que a legislação que hcide é a estatal, e não a confessional.

A doutrina do Código Civil é a de que a vontade de co-itrair núpcias passou à frente, e caem as cláusulas, tais como a condição *dum modo mihi Iiceat* aliam *assumere,* que é contra a unidade do casamento, a condição *si pro quaestu adulterandam te trocias,* que é contra a fidelidade conjugal, a condição *donec aliam inveniam honore vel facultatibus ditiorem* ou si *fidelitotem servaveis, si adulterium non perpetraveris,* que são contra a perpetuidade do casamento.

A condição de guardar a continência só diz respeito ~ consumação do casamento. Não há dúvida sobre a validade da5

núpcias se a condição é em pacto adjecto. Se no próprio ato de celebração, aposta ao consentimento, discutiam os autores. houve a conferência do *ius ad copulam,* e só se lhe cerceou o exerício; portanto, concluíam uns, vale o casamento, e argumentavag com o adultério, que se compona com a cópula com outrem, e tom a infração da cláusula, que seria contra o voto e não contra castidade. Bento XIV exprobrou pretender-se a aquisição de direito desprovido de todo o exercicio: “Matrimonii substantia non repugnat matrimonio non uti, sed uti non posse.” No sisteb-ia do Código Civil, fora de invocar-se o art. 115, 2ª parte: Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo ef3ito o ato.”. O direito canônico responde, hoje, que o casamento não vale, como Scot resolvia a propósito da condição potestativa de não satisfazer o dever conjugal *nisi quando voluero.*

No direito brasileiro, tudo depende do registro: se a declaração foi feita de modo que a cláusula não elide o seu conteúdo, ou veio em separado, vale o casamento. Portanto, o que consta do registro é que

tem de ser interpretado.

No caso da condição “se meu pai assentir”, o casamento só é anulável por falta do assentimento do pai, se era preciso, e não pelo não-implemento da condição.

Se não houve as palavras dos nubentes, ou se não houve a declaração da autoridade celebrante, ou, ainda, aquelas e essa, mas, a despeito disso, foi feito o registro com todas as formalidades legais, isto é, formalmente válido, o casamento *existe* e *vale.* Não seria possível intentar-se o processo para a decretação da nulidade, ou para a anulação, por só não se ter observado o art. 194: consentimento houve, porque houve registro, uma de cujas formalidades é a das assinaturas dos casados.

O

mesmo raciocínio, que acima se fez, cabe em relação às declarações dos nubentes em que nào haja vontade *praevalens* de contrair casamento, desde que as restrições não constem do registro, e em relação à declaração da autoridade celebrante, quando, tendo-se afastado dos dizeres solenes, ou usado de expressões que elidiriam a celebração mesma, do registro conste que a celebração se efetuou, sem vícios e ilegalidades. No fundo, tudo depende do fato das declarações como constam *do registro.* Salvo se falso o figurante.

(d) O casamento com simulação não é nulo *(aliter,* o *Codex luris Canonici,* cânon 1.086, § 2). Anulável é, se a procuração éinválida; anulável ainda, se houve erro sobre a identidade do outro cônjuge. Mas, se um dos cônjuges alega que não teve *intenção* de se casar, a sua vontade real nada pode contra as palavras que proferiu, ou a assinatura que apôs. Não se admite efeito de reserva mental, nem vicio de simulação, ainda que o celebrante o conheça (Cl. Martin Wolff, *Lehrbuch,* II, 2ª parte, 74; diferente, o *Codex luris Canonici,* cânon 1.086, § 2), no casamento. Tampouco, o defeito de não-seriedade. Se a simulação é acompanhada de violência, há anulabilidade e provém da violência, e não da simulação. Se a simulação ocorreu com falta de consentimento de um dos nubentes, ou de ambos, a anulabilidade provém da falta de consentimento.

No art. 239 do Código Penal, que fala de simulação de casamento, não *há* casamento. Aí, a expressão está no sentido de aparência de casamento sem casamento, como se A leva E a alguém C, que procede

à solenidade do matrimônio religioso ou civil, sem que C seja ministro de confissão religiosa ou juiz de casamento. A opinião de A. von Tuhr *(Der Aliqemeine Teil,* II, 1ª parte, 564) de que a razão de escapar o casamento à regra de produzir anulabilidade a simulação esteja em não se poder, com ela, suprimir a forma do casamento, é inaceitável. A razão está, apenas, em que as invalidades matrimoniais são de direito estrito, e não se fatou da invalidade pela simulação.

§ 808. Princípios gerais de direito matrimonial sobre forma

1. *As regras jurídicas do Código Civil.* O Código Civil possui grande número de formalidades da preparação (ads. 180-182) e da celebração e registro do casamento (ads. 192-201). Não há, todavia, qualquer regra sobre a sanção invalidante correspondente às infrações ou sobre o que é essencial e o que não é essencial nos ditames de forma. Apenas se alude, no art. 208, ao casamento celebrado perante autoridade incompetente. Se na preparação do casamento houve infração do art. 181, ou do art. 181, § 1ª, ou do art. 189, 1,11, ou do art. 192, in *une* (ads. 227, 228), há penas; de modo que, segundo o princípio de que, havendo uma sanção, não se há de pensar na de invalidade, temos que as formalidades relativas aos impedimentos não são, só por si, causa de nulidade ou de anulação. O edital de proclamas (art. 181) éessencial? ~E

essencial o registro dele (art. 182)? E a certidão de que tratam os arts. 181, § IS, e 192? O próprio Código Civil supõe casos em que a autoridade celebre o casamento antes de levantados os impedimentos (art. 228, 1), punindo a autoridade.

2. *Essencialidade do registro.* Se o casamento foi feito sem observância da lei, não pode ser registrado: é *rnatrimoniurn* non *existens.* Casamento que se não registrou não é casamento. O que obsta a outro casamento é o casamento registrado, salvo, está claro, se outra coisa se adota na lei pessoal dos cônjuges. O prazo do art. 208 supõe o registro no dia da celebração. O filho nascido entre a celebração e o registro é *legitimado,* e não filho havido da relação do casamento (antes da Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, dito *legítimo,* senso

estrito). E não há proteção da boa-fé de terceiro, porque não houve, *ex hppothesi,* publicação do casamento.

3. *Infração de lei de forma.* Se o casamento foi feito sem observância da lei de forma, mas foi registrado, temos que é casamento, embora possa ser julgado nulo ou anulado por outro motivo: *a)* impede outra celebração entre um dos casados e outra pessoa que aquela com quem ele se casou, enquanto não se decreta a nulidade ou não se anula *o* casamento, por sentença passada em julgado; *b)* não se pode cancelar o registro do casamento nulo ou anulável, enquanto não seja passada em 3ulgado a sentença que decreta a nulidade, ou anula o casamento; *c)* os terceiros que tratam com os casados, sem conhecerem a nulidade ou a anulabilidade, não são prejudicados; *d)* se ambos os cônjuges estavam de boa-fé, ou se só um deles estava, não se cancela o registro, — anota-se a putati"Jidade; *e)* os filhos, ainda se anulado o casamento, são considerados juridicamente havidos da relação do casamento (art. 217); igualmente, se nulo, quando de boa-fé (art. 221 e parágrafo único).

4. *Sanação.* Cabe saber-se se há alguma regra, dentre os princípios de forma, que, infringida, determine as nulidades, porque então o registro não *sanaria* as nulidades. Qualquer irregularidade na habilitação não faz nulo, nem anulável, o casamento. *Quid* furis, se não houve a certidão dos ads. 181, § 1ª, e 199? Se a procuração não tinha poderes especiais?

Esses são os dois pontos principais, porque a publicação dos proclamas e a justificação de não terem sido leitos são simples irregularidades, uma vez que a pena consta do art. 227, II (multa ao oficial do registro).

A justificação de idade pode ser nula, ou anulável (Sentença da 6ª Vara Civel do Distrito Federal, 28 de fevereiro de 1935, confirmada pelo acórdão das 3ª e 4ª Câmaras Conjuntas da Corte de Apelação, a 3 de setembro de 1937), os proclamas nenhuns, ou insuficientes no texto ou na publicação, falsas ou inexatas as declarações dos habitandos, falsas ou inexatas as declarações das pessoas de haviam de assentir, falsas ou inexatas as declarações das testemunhas de que cogita o art. 180, IV, falsa ou inexata a certidão de óbito do cônjuge falecido, de decretação de nulidade ou da anulação do casamento, sem que nulo ou anulável seja, *por isso,* o casamento que com tal habilitação se

celebrar.

Quanto à certidão, se o juiz ou, em geral, a autoridade celebrante procede à cele‟oração sem a certidão exigida pelo art.

192, infringe a lei, mas nenhuma nulidade decorre. Tinha por fito convencer da não-existência do impedimento. Se impedimento proibitivo havia, feito está o casamento e nenhuma consequência resulta quanto à sua validade. Se havia impedimento dirimente, as consequências são dele, e não da falta de certidão ao tempo em que se celebrou o casamento.

Quanto à procuração, ou houve o consentimento, *ou* não no houve. Se houve, é válido o casamento, ainda que a procuração tenha vícios de forma. Se não houve, falta um dos elementos para a validade do casamento: a vontade dos cônjuges. A questão desloca-se para o terreno dos requisitos materiais. E anulável o casamento.

Alguns Códigos Civis — feitos à semelhança do direito canônico *(Codex luris* Canonici, cânones 1.088, 1.089) e do Código Civil espanhol, art. 75 na redação anterior à Lei nº 30, de 7 de julho de 1981, que *o* adotou — permitem o *matrimonium per procuratorem contractum.* A França admitiu-o durante a guerra (Leis francesas de 4 de abril e de 19

de agosto de 1915). A Alemanha, não. Portugal permitiu-o (art. 1.620), como o Brasil. Igualmente, a Austria (§ 76, ab-rogado pela Lei de 6 de julho de 1938) e a Checoslováquia (Lei de 22 de maio de 1919, § 9).

5. *Portas abertas.* A exigência das portas abertas, na sala das audiências do juiz, ou, em geral, a publicidade que é de mister, ainda que, querendo as partes e consentindo o juiz, se celebre alhures o casamento, é *ordinatória,* e não *essencial.* Também não é nulo, nem anulável, o casamento que se celebre sem ser perante duas testemunhas, no caso do art. 193, ou quatro, no caso do art. 193, parágrafo único, uma vez que o registro está em forma de valer.

6. *Inexistência e inualidade.* Na sistemática do Código Civil, temos que, quanto à forma, a falta de declaração (art. 194) é causa de *inexistência*

do casamento civil, para que se não registre, como o seria a incompetência *ratione materiae* do celebrante. Registrado, o casamento *existe,* no primeiro caso, e *vale,* se bem que, no segundo caso, não seja nulo, nem anulável, — *não existe,* porque não cabia o registro, pela falta do pressuposto subjetivo necessário (competência *ratione materiae).* A incompetência que não seja *ratione materiae* é causa de nulidade (art. 208). As nulidades do registro são causa de inexistência do casamento, salvo se se pode obter e se obtém registro novo e válido. Quais sejam as nulidades do registro, di-lo a lei especial, *de direito público.* Tudo mais é ordinatório.

O Tribunal da Relação de Minas Gerais considerou válido o casamento celebrado por juiz incompetente *ratione personae seu loci,* porém isso antes do Código Civil (14 de junho e 11 de novembro de 1905, *RT* IV/470; 22 de novembro de 1916 e 14 de abril de 1917, 27/51). Tais casamentos são nulos: o casamento celebrado por pessoa incompetente *ratione materiae* é inexistente.

Se a autoridade declarou casados os nubentes, mas, em verdade, a) um deles não se achava presente, ou presentes não estavam os dois, ou *b),* se presentes, um deles *se recusou* a consentir, ou a isso se recusaram os dois, — j~ *non existens,* nulo, anulável, ou válido, o casamento?

Em *a),* houve o registro, com todas as formalidades. O casamento *existe.* O ataque é à validade, em processo de rito ordinário, em que se argua a falta de consentimento ou a coação. O casamento de que se trata, em qualquer dos dois casos, é *anulável* e não *nulo,* e seria contra a lei considerar-se *inexistente.* Quanto a a), veja § 802, 8.

7. Declaração da autoridade celebrante. É preciso prestar-se toda a atenção à natureza da declaração da autoridade celebrante.

O ato de declaração a que se refere o art. 194 é considerado *ato do Estado* ou *ato paraestatal* (quando praticado pela autoridade religiosa). Por isso mesmo, a incapacidade civil da autoridade não atinge o casamento (W. Jellinek, *Der fehlerhafte .Staatsakt und seine Wirkung,* 60 5.; E 1(. Neubecker, *Zwang und Notstand III rechtsverqleichende Darstellung,* 1, 167); nem a declaração dela pode ser anulada por erro, dolo ou coação: o casamento éque pode ser anulado por coação da própria autoridade, refletindo-se nos esposos, por *anulabilidade* da

declaração de um dos nubentes ou das declarações deles.

Se não houve declaração da autoridade, não houve casamento; porém, *assinado o ato* (Lei nº 6.015, art. 70, *pr)* pela autoridade, só a prova de não ser verdadeira a assinatura da autoridade ou dos figurantes pode ser admitida para a desconstituição do assento de que cogita o art. 70. Não poderia o interessado ou a própria autoridade alegar coação, simulação ou mesmo dolo. Veja §§ 801, 6, e 802, 8.

8. *Justificação.* Quanto ao registro (Lei nº 6.015, art. 70), não vale registro o que diga nulo o casamento, ou anulável, ou que se faça *sob protesto.* Quanto às exigências de forma, a infração permite a justificação restauradora, supletiva ou retificatória, perante o juiz competente, com recurso voluntário a qualquer interessado, ou ao Ministério Público (Lei nº

6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 109, § 3º) Note-se que é o registro, aqui, que se ataca, e isso sem o intuito de desfazê-lo; se, em vez disso, se promove o seu cancelamento como contendo assinaturas falsas, então tudo se passa como a respeito de toda ação de nulidade dos registros ou das escrituras públicas em geral. Como, porém, o ataque ao registro se refere ao casamento, que com ele se fez *público* (exigência da publicidade registrária como *essencial),* àação de nulidade do registro como ato de direito público se tem de juntar (cumulação necessária de pedidos) a ação declaratória negativa do casamento, ou a de nulidade, com observância do art. 222 do Código Civil (processo de rito ordinário, nomeação do defensor do matrimônio).

§ 809. Repetição e ratificação do casamento

1. *Ratificação e re-celebração.* As vezes, vindo a saber que o casamento é nulo, ou anulável, podem os cônjuges querer *repetilo,* para que não fique o laço conjugal exposto aos azares da decretação de nulidade ou de alguma anulação. Por exemplo: foi feito perante autoridade incompetente *ratione personae* (arts. 192, 194, 195, 198 e 208) e ainda não passaram os dois anos de celebração; fez-se sem o assentimento dos pais e sem suprimento judicial e agora se quer fazer com aquele

ou com esse. No primeiro caso, só nova celebração os põe a salvo antes dos dois anos; no segundo, há dois caminhos: nova celebração, ou ato, ainda que sem requisitos matrimoniais, que implique ter *cessado* o motivo de anulabilidade. E a ratificação, a convalidação canônica, a *Bestàtigung* do Código Civil alemão (§ 1.325, alínea 2ª), inconfundível com a re-celebração ou *1ª/iederholung* (§ 1.309, alínea 1ª 2ª parte), ambos ab-rogados pela Lei n0 16, de 20 de fevereiro de 1946, § 78. O louco, a que foi levantada a interdição, pode repetir a celebração; outrossim, o surdo -

mudo que, ao tempo de casar-se, não podia consentir. O que se casou por procuração, que depois foi julgada falsa, ou insuficiente, está nas mesmas situações. A repetição, se o casamento anterior era nulo, e não houve a sanação, só tem efeitos *ex nunc*.

2. *Direito brasileiro.* ,Permite o direito brasileiro a re-celebração? A questão é delicada e merece que se mencionem os argumentos a favor e contra a resposta afirmativa.

a)

Contra a permissão da re-celebração do casamento não registrado há o argumento de que, ao pronunciar as palavras solenes do art. 194, a autoridade civil declarou efetuado o casamento de modo que a re-celebração volveria à recepção, de novo, do consentimento dos contraentes e à nova proclamação de estar concluído o ato. Se já registrado o casamento, além de dupla ou múltipla celebração, haveria dupla ou múltipla inserção no livro de registro.

b)

A favor da permissão da re-celebração antes do registro, milita o princípio de que, se um dos contraentes convola núpcias com outra pessoa, a data do registro é que importa, e não a da celebração. A favor da re-celebração, ainda depois do registro, que é o ponto principal do problema, pode ser argUido: *a)* uma vez que há identidade dos cônjuges, nenhum prejuízo existe em se repetir a celebração, como se não proibe a repetição de qualquer ato jurídico de direito privado, inclusive a transferência de um imóvel *b)* o oficial do registro não se pode recusar ao registro de novas escrituras de venda e compra entre as mesmas partes, nem a novo protesto de título cambiário, nem à lavratura de novo assento no livro de registro, não existindo, como *ex hypothesi,* impedimento matrimonial entre os contraentes. No terreno do direito escrito, houve, ainda, c) o argumento tirado do Decreto nº 18.542 de 24 de dezembro de 1928, art. 85, onde se disse: "Nos casos dos ads. 202, parágrafo único, e 205 do Código Civil, será lavrado novo assento no registro de casamentos, com as formalidades legais" — regra jurídica depois inserta no ab-rogado (Lei nº 6.015, art. 299) Decreto nº

4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 85. O art. 202, parágrafo único, é aquele em que se estatui ser admissível, quando justificada a falta ou perda do registro civil, qualquer outra espécie de prova. Dir-se-á que são pressupostos, cada um suficiente de per si, a falta do registro civil e a perda dele, e, na hipótese que estudamos (re-celebração), há registro, que pode obstar a novo registro. Seria sem força a objeção, diante dos princípios de vulgar hermenêutica, tanto mais quanto o princípio, que se traduz no art. 202, parágrafo único, do Código Civil, combinado com o art. 109, § 4ª, da Lei nº 6.015, é o da possibilidade de se restaurar, ou de se corrigir o registro feito. Com maioria de razão, a duplicação ou multiplicação, pois que efeitos novos que possa ter o novo registro começam da sua data. Aliás, o próprio art. 211 do Código Civil prevê caso de ratificação por parte do

que contraiu casamento, enquanto incapaz, quando adquiriu a necessária capacidade, com a consequência, por explícita disposição da lei, de ter tal ratificação efeitos retroativos à data da celebração.

3. *Extinção de ações.* A ratificação é negócio jurídico unilateral, independente de recepção, no que se distingue da re-celebração, que é novo contrato de casamento, portanto sinalagmático.

Quando se trata de ratificação, como se o cônjuge coato, por escrito, deixou firmado que não mais existiu a coação, com o que cessou a anulabilidade, passados seis meses (Código Civil, art. 178, § 5ª, 1, e Decreto-Lei nº 4.529, de 30 de julho de 1942, art. 1Q; arts. 183, IX, e 209), tem a declaração de obedecer às regras da Parte Geral do Código Civil e, segundo elas, e não segundo as regras relativas ao casamento mesmo, é nula ou anulável (certos, Th. Engelmann, Familienrecht, (1 *v. Staudingers Kommentar,* 7ª-8e ed., IV, 1, 89; Martin Wolff, *Lehrbuch,* II, 1, 75; Otto Warneyer, *Kommentar,* II, 522; contra: E Endemann, *Lehrbuch,8ª-9ªª* ed., II, 2ª parte, 180, nota 18; H. Neumann, *Handausqabe,* 6ª ed., II, 27; em parte, W. E. Knitschky, Uber die Anfechtung der Ebe bevormundeter Personen, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 90, 345).

Se pode haver condição ou termo, discute-se na doutrina (Madin Wolff, *Lehrbuch,* II, 2ª parte, 75; A. Thiesing, *Die Wirkungen nichtiger Ehe,* 125; O. Warneye~ *Kommentar,* II, 522; contra: K.v.

Unzner, Familienrecht, G. Planck,

Kommentar. 3ª ed., IV, 68; Sternberg, Der Begriff *Bestàtigung* in Eheschliessungsrecht, *Arch iv,* 344, nota 19). A resposta tem de ser afirmativa, desde que a declaração se considera negócio juridico unilateral, independente de recepção e estranho ao casamento mesmo.

4. *Ratificação.* A ratificação é irrevogável (O. Warneyer, *Karnrnentar,* II, 2ª parte, 75). Se o casamento já foi julgado nulo ou anulado, nenhuma ratificação é possível. Só se pode recorrer a outra celebração. Outrossim, se, tratando-se de casamento anulável por falta de idade, foi outro, depois, contraído com idade legal. Se, ainda não havendo outro casamento válido, se está em processo de ação rescisória, a ratificação é impossível, porque há a coisa julgada da

sentença na ação de nulidade ou de anulação; seria admissível durante o processo de anulação, ainda em fase de recurso, inclusive recurso extraordinário, de que se conheceu. Tudo depende, como se vê, da coisa julgada. Se ela existe, já não existe o casamento. Não se poderia pensar em ratificação do inexistente, posto que, em matéria matrimonial, se admite a ratificação (excepcional) de casamento nulo, e não só do casamento *anulável.*

5. *Efeitos.* Quando se trata de ratificação, quer dizer — quando a propositura competia às partes (marido, mulher), os efeitos são, necessariamente, *ex tunc:* deixou de ser anulável o que o era. Quando o casamento foi eivado de nulidade por incompetência *ratione personae,* ou *ratione loci,* ou por outra razão que não fosse a *ratione rnateriae,* não há pensar-se em ratificação, mas em re-celebração, ou em novo registro, e os efeitos do primeiro casamento prevalecem, porque não mais se pode atacar e, passados dois anos, seria, ainda sem a re-celebração, ou sem o novo registro, casamento inexpugnável. Quando o casamento foi viciado por falta de assentimento paterno ou materno, ou do tutor ou do curador, a re-celebração faz inatacável o primeiro casamento, uma vez que já se não precisa do assentimento, ou foi dado como devera, cessando a acionabilidade. Os efeitos só são *ex nunc* quando se quis validamente efetuar o que não podia existir, sem nulidade, ao tempo em que se celebrou; e.g., se o primeiro casamento foi entre pessoas casadas, ou uma casada e outra não (salvo, ainda, a possibilidade de se declarar putativo).

§ 810. Quem pode pedir julgamento de nulidade, ou a anulação

1. *Decretação de nulidade e legitimação ativa.* Podem pedir a decretação da nulidade do casamento: *a)* qualquer interessado: *b)* o Ministério Público. Temos, pois, de examinar o que se entende, aí, por "interessado" e por "Ministério Público". O interessado, tratando-se de nulidade, é toda pessoa que *precise* do julgamento da nulidade para que algum direito, ou situação, ou estado, seu, se declare, ou não seja ofendido, ou para que lhe nasça ou se lhe restabeleça algum direito, situação ou estado.

No trato da legitimação para a propositura da ação de nulidade de casamento, o Direito de Família não se afastou dos princípios da Parte Geral: são legitimadas quaisquer pessoas; salvo em se tratando de casamento de menor de dezesseis anos (art. 213) ou nulo por

incompetência da autoridade (art. 208). Por isso mesmo, é ociosa a discussão sobre se o irmão é legitimado, ou não no é, — depende de ter, ou não, interesse na decretação. Se a nulidade é por já ser casada a pessoa que se casou com outra que o seu cônjuge, claro que o interesse é de todos, como qualquer pessoa poderia ter oposto o impedimento. Não se pode dizer, *a priori,* que o irmão seja interessado, sempre, se o casamento é nulo por incompetência do celebrante; mas, nas decretações das outras nulidades, é de admitir-se a sua legitimação como a de qualquer pessoa (cf. 3ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de dezembro de 1952, *RT*

208/180; 6ª Câmara, 1ª de agosto de 1952, 204/165).

2. *Ministério Público.* O Ministério Público tem, em tais casos, representação do Estado em matéria de interesse direto do Estado, função inconfundível com a sua, nas espécies de vigilância do interesse dos incapazes. Tampouco, resulta de regra jurídica da Parte Geral a sua competência; mas de regra de direito de família, que é o art. 207 ou o art. 208, parágrafo único. O último dá os elementos para, por analogia, se resolver nos casos do art. 207, omisso. O art. 222 obsta a que se recorra à Parte Geral do Código Civil, que permitiria a decretação da nulidade, de ofício.

3. *Intransmissibilidade.* A ação de nulidade é intransmissível (Erler, Familienrecht, *Das Bürgerliche Gesetzbuch,* IV, 36). Os herdeiros do cônjuge que a propôs têm, se o quiserem, de propô-la de novo, subordinando-se à regra do art. 203

do Código Civil. Mas, proposta por terceiro, transmite-se a situação processual, como o próprio direito de propô-la, desde que se transmitiu o interesse. O Ministério Público conserva a sua legitimação ativa, ainda que ambos os cônjuges tenham morrido, incidindo, também, quanto à pretensão dele, que é a do Estado, o art. 203.

4. *Interessados.* Não seria possível exaurir-se a lista dos que são ou podem ser interessados no julgamento da nulidade do casamento, quer se trate da nulidade prevista no art. 208, quer das outras. Tem de começar pelos próprios cônjuges, pelas pessoas da família, pelo

cônjuge do bígamo, pelos filhos do leito anterior, por quaisquer pessoas sucessiveis, pelos credores, ou aqueles que têm contrato com um dos cônjuges, pelos adquirentes dos bens de um deles, ou de ambos; porém não seria possível dizer-se onde acabaria. Por outro lado, basta o interesse moral. A doutrina tem entendido que o próprio cônjuge culpado de bigamia, ou que foi condenado por homicídio do primeiro cônjuge da pessoa com quem se casou, pode pedir o julgamento de nulidade. Não cabe invocar-se o princípio de que ninguém pode ir a juízo expor a própria torpeza.

Há pessoas que são interessadas, *a priori,* em pedir a decretação da nulidade do casamento perante autoridade incompetente; *e.g.,* o pai e a mãe (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de abril de 1951, *RT* 193/185).

5. *Atribuição do Ministério Público.* Clovis Bevilacqua entendeu que, nos casos em que o Ministério Público pode intervir, para pedir a nulidade ou a anulação do matrimônio, a morte de um dos cônjuges obsta a que se dê qualquer provocação por parte dele. E certo que o Projeto primitivo, art. 248, dizia que somente durante a vida dos cônjuges poderia o Ministério Público promover as ações de nulidade. O Projeto revisto cortou a restrição, que emenda do Senado Federal veio restabelecer, mas só relativamente ao casamento nulo por incompetência da autoridade celebrante. Assim a interpretação de Clovis Bevilacqua pretendia restaurar o sistema do seu projeto, pois que, quanto às nulidades do art.

207, nada se disse no tocante à legitimação ativa para a propositura da decretação de nulidade. Nenhuma razão tinha o autor do Projeto primitivo, quer *de lege ferenda,* quer, principalmente, *de lege lata,* para excluir, *a priori,* a promoção, por parte do Ministério Público, quando já falecido algum dos cônjuges. Para se ver que a sua opinião não consultava o sistema do Código Civil, basta ler-se o art. 203, onde se diz, explicitamente, que o casamento de pessoas que faleceram na posse do estado de casadas não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão de registro civil, que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o matrimônio que se ataca. Pelo menos no caso de bigamia, a morte não obsta a qualquer indagação sobre a existência, ou sobre a validade do casamento, ainda quando tenham ambos os cônjuges falecido na posse do estado de casados. O argumento de que não se deve apurar, após a morte de um dos

cônjuges, o incesto, ou o *crimen,* é assaz fraco. Pode haver interesse maior, *bonum publicum,* em que seja pronunciada a nulidade de tal casamento, *e.g.,* se o sobrevivente, condenado como delinquente no homicídio, ou na tentativa de homicídio, contra o consorte do outro cônjuge, ora falecido, com o não-pronunciamento de nulidade herda os bens desse, talvez herdados, por seu turno, do consorte do falecido, vitima do homicídio, ou da tentativa do homicídio. Seria vedar ao Estado a restauração da verdade, para o afastamento de locupletamento criminoso. No caso de bigamia, não sabemos como admitir a argumentação de Clovis Bevilacqua. Os filhos e o cônjuge do primeiro matrimônio ficariam impedidos de defender os seus direitos contra o segundo casamento, em que ambos os cônjuges estiveram de má-fé, pelo simples fato de que um já morreu. Também aí o interesse do Estado écapital e a opinião de Clovis Bevilacqua fugia aos princípios de direito matrimonial. É oportuno observar-se que os comentários de Clovis Bevilacqua muito se ressentem do seu apego ao Projeto primitivo, cujas convicções, embora vencidas, procurou salvar.

Por outro lado, não atendia ele, quase nunca, a essa verdade indutivamente apontada pela ciência: o direito matrimonial tem princípios próprios. Aliás, ai não se justificaria, ainda de acordo com os princípios gerais de direito civil, que a morte de um dos cônjuges pusesse termo à situação que interessa a outros e a sociedade. As origens do direito de família não são as da Parte Geral do direito civil.

6. *Anulabilidades.* Quanto às anulabilidades, a regra não é a mesma para todos os casos. “A anulação do casamento contraido pelo coato ou pelo incapaz de consentir, só pode ser promovida” diz o art. 210: “1 - Pelo próprio coato. II -

Pelo incapaz. III - Por seus representantes legais.”

A anulação do matrimônio de pessoas sujeitas ao pátrio poder, à tutela, ou à curatela, celebrado sem assentimento do pai, tutor, ou curador, ou suprimento, pelo juiz, se foi injustamente denegado o assentimento paterno, tutelar ou

curatela somente pode ser requerida pelas pessoas que tinham de assentir e não assistiram ao ato (art. 212), nem assentiram.

“A anulação do casamento da menor de dezesseis anos ou do menor de dezoito anos pode ser requerida”, art. 213, diz:

“1 - Pelo próprio cônjuge menor II - Pelos seus representantes legais. 111 - Pelas pessoas designadas no art. 190, naquela mesma ordem”, isto é, pelos parentes, em linha reta, de um dos nubentes, sejam consangUíneos ou afins; ou pelos colaterais em segundo grau, sejam consangúineos ou afins.

Quem pode pedir a anulação conserva esse direito, ainda depois de morto o cônjuge.

7. *Se* o *representante legal do menor assentiu no casamento.* Se o representante legal do menor assentiu no casamento, apode propor a ação de anulação por infração do art. 183, XII, isto é, por falta de idade para casar? Clovis Bevilacqua negou-lho, porque cúmplice foi na violação da lei. Desde logo argumentemos que o representante podia ter ignorado a verdadeira idade do menor representado, e cairia por terra a razão apontada. Demais, a falta de idade nada tem com a apreciação da conveniência do casamento. Se da união resultou gravidez, não há mais nulidade (art. 215); se se anular o casamento, pode o incapaz, quando adquirir a capacidade, ratificá-lo, sem mais ser preciso o assentimento do representante legal, porque anteriormente já fora dado.

Também o adotante, por ser equiparado aos pais, pode pedir a anulação.

Se a anulabilidade provém de erro sobre a identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, ou ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento, ou de defeito físico irremediável ou moléstia transmissível, só a poderá demandar o cônjuge enganado (art. 220). A morte do cônjuge não extingue a ação, que têm os pais, tutores ou curadores, para a anulação do casamento efetuado com infração do art. 183, XI. Aliás, a regra é a de que a morte do cônjuge não extingue as ações, quando possam ser exercidas por outra pessoa que ele.

8. *Ação de separação* judicial. A ação de separação judicial não implica, de qualquer modo, reconhecimento da validade do casamento, como erradamente parecera ao Tribunal de Justiça de São Paulo, a 10 de agosto de 1912 *(SPJ*

29/482). Cedo, sem prova de casamento, não se há de cogitar de separação judicial (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 20 de novembro de 1925, *RR* 1/ 587; Code de Apelação de São Paulo, 25 de julho de 1934, *RT* 95/587). Mas a sentença de separação judicial, quando o juiz não exigiu a prova do casamento, não basta para provar que são casados os separados judicialmente.

§ 811. Prescrição e ações de nulidade e de anulação

1. *Nulidade e* prescrição. A ação de nulidade é imprescritível. Existe uma, que, à primeira vista, parece escapar à regra geral: a ação de nulidade por incompetência da autoridade. Mas, em verdade, não se trata de prescrição, e sim de sanação. Diz o art. 208 do Código Civil: "É também nulo o casamento contraído perante autoridade incompetente (arts.

192, 194, 195 e 198). Mas esta nulidade se considerará sanada, se não se alegar dentro em dois anos da celebração." A figura técnica é a da *convalescença.*

2. *Anulabilidades.* As ações fundadas em anulabilidades têm prazos diversos para prescreverem: 1 - Em dez dias, contados do casamento: a ação do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já deflorada (Código Civil, arts. 178, § 1ª, 218, 219, IV, e 220; a Lei nº 13, de 29 de janeiro de 1935, art. 12, foi revogada pelo Decreto-Lei nº 5.059, de 8 de dezembro de 1942), caso de preclusão. II - Em três meses, contados do dia em que tiveram ciência do casamento: a ação do pai, tutor ou curador, para anular o casamento do filho, pupilo, ou curatelado, contraído sem o assentimento daqueles, nem o seu suprimento pelo juiz (arts. 178, § 4ª, II, 180, III, 183, Xl, 209 e 213). Considera-se mês o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte, segundo a Lei nº 810, de 6 de setembro de 1949, art. 2ª. III - Em seis meses: *a)* a ação do cônjuge coato para anular o casamento contado o prazo do dia em que cessou a coação (ads. 178, § 5ª, 1, e 183, IX), inclusive em caso de rapto (fomos o primeiro a chamar atenção para a falta de regra jurídica sobre preclusão nos casos de rapto e a nossa interpretação, equiparando o caso do rapto ao caso da coação, porque, em verdade aquele se subsume nesse, foi aceita pela jurisprudência, cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de abril de 1931, *RT* 78/ 364); *b)* a ação para

anular o casamento do incapaz de consentir, promovida por esse, quando se torne capaz, por seus representantes legais, ou pelos herdeiros, contado o prazo do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso, do casamento, no segundo e no terceiro, da morte do incapaz quando essa ocorra durante a incapacidade (arts. 178, § 52,11,183, IX, 210, II e III, e 212); *c)* a ação para anular o casamento da menor de dezesseis anos e do menor de dezoito, contado o prazo do dia em que o menor perfez essa idade, se a ação for por ele movida, e da data do matrimônio, quando o for por seus representantes legais (ads. 213-216), ou pelos parentes designados no art. 190, isto é, pelos parentes, em linha reta, de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais, em segundo grau, sejam consangúíneos ou afins (art. 178, § 5º, III *)*.

Quanto à interpretação do art. 12, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 4.529, de 30 de julho de 1942, veja-se Tomo VI,

§§ 706, 5 e 708, 1.

IV. Em dois anos: a ação do cônjuge para anular o casamento nos casos de erro essencial (exceto defloramento da mulher), contando-se o prazo da data da celebração do casamento, e da data da execução do Código Civil para os casamentos anteriormente celebrados, sendo porém de notar-se que, entre a vigência da Lei nº 13, de 29 de janeiro de 1935, e a do Decreto-Lei nº 5.059, de 8 de dezembro de 1942, que a ab-rogou, restaurando o texto do Código Civil, outros foram os prazos.

a)

A disposição final relativa ao prazo de prescrição para promover a anulação dos casamentos efetuados antes do Código Civil, foi, em parte, inaplicável. Tratava-se de lei retroativa, que iria tornar suscetíveis de anulação casamentos cuja invalidade já estava sanada, pois o prazo, conforme o Decreto nº 181, era de dois anos a contar do dia da celebração (art. 73). Ora, podia a nova lei, no curso da prescrição, aumentar o prazo para anulação do casamento? Sim, porque seria apenas dilatar o prazo existente. ~Podia a lei nova, após a prescrição, abrir novo prazo para se atacar o matrimônio?

Não, porque seria dar a alguém poder novo, ou reviver direito, em prejuízo de outrem. Se a prescrição estava a realizar-se, a pessoa a quem aproveitou tinha apenas expectativa de direito; se já se ultimara

a prescrição, o casamento tornou-se incólume, com todas as suas consequências imediatas e futuras; inatingível, portanto, pelas normas posteriores. A lei que admitisse novo prazo seria ato de má política jurídica, ainda quando não houvesse a proibição de regras que firam direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou coisa julgada. Observe-se, ainda mais, que a regra do Código Civil não podia ser aplicada aos casamentos anteriores, para os anular pelos pressupostos do Código Civil: seria efeito contra a regra de direito intedemporal, pois que havia diferenças entre os erros essenciais do Decreto nº 181 e os definidos no Código Civil.

b)

As leis de direito privado anteriores a 24 de outubro de 1930 e as posteriores a 16 de julho de 1934 mas anteriores a 10 de novembro de 1937 não podiam ser retroativas, de modo que obedeceram à regra de direito constitucional vigente à feitura de cada uma delas. E o caso do Código Civil e da Lei nº 13, de 1935. As leis de direito privado posteriores a 9

de novembro de 1937 podiam receber efeitos retroativos, se o determinasse o legislador ordinário, razão por que teve tal eficácia o Decreto-Lei nº 4.529, de 30 de julho de 1942 (art. 12, parágrafo único), contra os princípios *a priori.*

3. *Princípios relativos às separações judiciais e princípios relatiuos à decretação de nulidade ou à anulação.* Tem havido ceda confusão em se consultarem os princípios que regem a separação judicial e os princípios que regem a decretação de nulidade, ou a anulação, no tocante à morte de um dos cônjuges, ou de ambos. Tudo impõe que se tratem à parte a propositura das ações de nulidade e anulabilidade, e a propositura das ações de separação judicial. A causa é outra; outros, os próprios elementos informativos e dogmáticos.

4. *Tempo em que se alega a prescrição.* A prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita (art. 162). Idem, a preclusão.

Pretendeu-se que os prazos, ditos, pelo Código Civil, de prescrição, no

tocante ao casamento, não são —

verdadeiramente — prazos prescricionais, mas prazos preclusivos, de modo que não há interrupção deles (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 25 de junho de 1927, *RF* 49/405), sendo de notar-se que ainda quando não invoque o interessado a extinção da ação, excepcionalmente se dá ao juiz a decretação, de oficio, da preclusão (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 15 de dezembro de 1926, *RF* 48/367). É evidente que interveio na jurisprudência, ainda nesse ponto, a consideração do interesse do Estado na defesa do matrimônio e, em consequência, o *favor matrimonii.* Porém não há *favor matrimonii* que justifique entender-se ter dito a lei o que ela não disse, nem há razão *a priori* para se considerarem preclusivos todos os prazos.

Não cabe qualquer renúncia à prescrição em matéria de nulidade ou anulabilidade de casamento (12 Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 14 de agosto de 1922, RD 67/149 s., sobre defloramento da mulher), se bem que possa haver interrupção.

5. *Emendas ao Código Civil.* A Lei nº 13, art. 1ª, dispunha que os prazos de prescrição estabelecidos pelo Código Civil no art. 178, §§ 13 e 7t nº 1, serão contados da data em que o cônjuge enganado tenha tido conhecimento do fato que constitui erro essencial, nos termos do art. 219 do mesmo Código". No sistema do Código Civil, contavam-se da data do casamento os dez dias para a prescrição da ação de anulação por defloramento anterior da mulher, e, nos outros casos de erro, da data do casamento, se celebrado depois do Código Civil, e de 1ª de janeiro de 1917, para os casamentos anteriores a ele. Tal Lei nº 13 tem valor de lei que regeu a prescrição durante certo tempo, portanto aplicável a alguns casos, se bem que não mais incida. Dizia ela: "Art. 1ª Os prazos de prescrição estabelecidos pelo Código Civil no art.

178, §§ 1ª e 79, nº 1, serão contados da data em que o cônjuge enganado tenha tido conhecimento do fato que constitui erro essencial, nos termos do art. 219 do mesmo Código. § 13 Presume-se conhecido o erro essencial se houver coabitação por mais de dois anos, salvo se o erro versar sobre identidade pessoal do outro cônjuge. § 2ª Carecerá de ação o cônjuge que, conhecendo o erro essencial, continuar a coabitar com o outro cônjuge. § 39 As disposições desta lei são aplicáveis a todos os casos ainda não definitivamente julgados."

O Decreto-Lei nº 5.059, de 8 de dezembro de 1942, publicada no *Diário* Ohcial de 10 de dezembro, revogou-a: Art. 12

Fica revogado o Decreto nº 13, de 29 de janeiro de 1935, e restabelecido o disposto nos §§ 1ª e 72, nº 1, do art. 178 do Código Civil."

6. *Preclusão e processo nulo.* No direito alemão constituiu questão, versada por Ernst Zitelmann *(Zum Recta der Eheanfechtung,* 3 s.), a de se saber se, excetuada a competência por ter o cônjuge mudado de domicílio, o prazo preclusivo para a propositura das ações de nulidade ou de anulação ficava prejudicado com a perda de tempo durante o processo afinal tido por nulo. No direito brasileiro, o Código Civil firmou que a citação, ainda quando incompetente o juiz, tem efeito de propositura, para que não se esgote o prazo. E certo que não há interrupções dos prazos preclusivos, que os há no sistema jurídico, mas o principio geral, de que o art. 172, 1, é aplicação, manda que se tenha como satisfeito o requisito da propositura dentro do prazo (cp. Código de 1973, ads. 219, § 1ª, e 220). Se prescricional, deve a parte interessada pedir a imediata remessa dos autos ao juiz competente, para que não se lhe possa atribuir qualquer efeito conforme o art. 173. Como o processo foi nulo (valendo, para o efeito travante especial, a citação que se fez), deve a parte substitui-lo, oportuna-mente, por outro, no juizo competente, a que se remetem os autos.

Nulo o processo, continuou de correr, salvo quando somente nulo por incompetência do juízo (assim, Ernst Zitelmann, *ZumRecta der EheanJechtung,* 27: "Wâhrend der Dauer des Rechtsstreits ist der Ablauf der gesetzlichen Frist gehemmt.").

§ 812. Nulidade e anulação do casamento religioso

1. *Princípios de conteúdo e princípios de formo.* De regra a nulidade e a anulação do casamento religioso obedecem aos mesmos princípios de conteúdo e de forma que as nulidades e a anulação do casamento civil. Como, porém, a autoridade celebrante não éestatal, a lei civil excluiu a nulidade por incompetência do ministro da confissão religiosa, se bem que possa haver a nulidade por incompetência do juiz que ordenou a inscrição, ou a ineficácia por incompetência do oficial do registro que a ela procedeu.

Também quanto ao direito processual, a lei civil estabeleceu simetria entre as ações de nulidade ou de anulação do casamento celebrado por ministro de confissão religiosa e as ações de nulidade ou de anulação do casamento perante autoridade civil. Corrigindo o art. 11 da Lei nº 379, disse o Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941 (art. 49, IV):

"As ações de nulidade ou de anulação dos efeitos civis do casamento celebrado por ministro religioso obedecerão exclusivamente aos preceitos da lei civil e serão processados nos juizos ordinários." A correção valeu a pena, porque não se anula, nem se decreta a nulidade, aí, do casamento religioso, mas apenas a sua ineficácia civil. A Lei nº 1.110

insiste, no art. 9ª: "As ações, para invalidar efeitos civis de casamento religioso, obedecerão exclusivamente aos preceitos da lei civil."

2. *Prevalência* do *direito civil.* As matérias da dirimência, bem como as suas conseqOências (nulidade, Código Civil, art. 207; anulabilidade, ad, 209), da legitimação ativa e passiva das ações de nulidade e de anulação, da ratificabilidade do casamento do incapaz, da cessação da dirimência quando o casamento do menor se efetua para se evitar a imposição ou o cumprimento da pena criminal, da sanação do casamento que é anulável por defeito de idade, se dele resulta gravidez, da putatividade do casamento, são comuns ao casamento civil e ao casamento religioso. Como a infração de regras confessionais de forma, ou de regras de competência, tem, em algumas legislações religiosas, conseqüências de nulidade ou de anulabilidade, a lei considerou o registro civil *suficientemente revalidante,* no foro civil, do casamento eivado, segundo a legislação confessional, de nulidade ou de anulabilidade. Isso não quer dizer que os infratores escapem às penalidades criminais ou às disciplinares, quer estatais, quer confessionais.

Não há sanação de nulidades oriundas de regra de fundo, pelo fato do registro civil do casamento religioso: a lei somente a adotou nos casos de incompetência do ministro celebrante, ou de omissão das formalidades exigidas pela legislação confessional, ou pelo Código Civil.

Fala-se de nulidade ou anulação do casamento religioso, prazo de prescrição etc.; mas evitemos confusões: as regras de direito material e

as regras de direito processual, de que se trata, recaem sobre a *recepção* (“efeitos civis”) do casamento religioso, e não sobre *o* próprio casamento religioso, que pode ter o seu direito material e processual.

O casamento religioso fez-se, com o registro, *estatal;* e é essa estatalidade o que em verdade se desconstitui. O

casamento religioso pode ficar, embora não tenha efeitos civis, isto é, embora não seja estatalizado. Uma das consequências disso é que, se o Estado faz lei que exclua o obstáculo à estatalidade, o casamento religioso *que permaneceu* pode ser registrado. Noutros termos: ser *recebido.*

Tais questões de direito estatal-confessional, que a cada momento trazemos à discussão, não são de somenos importância. Foram questões novas, rentes à vida, que se levantaram, há décadas, no Brasil, pela primeira vez.

Pode ocorrer que se decrete a nulidade, ou se anule o casamento, civilmente, sem que tenha sido, ou possa ser anulado o casamento religioso, segundo a legislação respectiva. A lei civil brasileira não impõe a nulidade ou a anulabilidade ao direito confessional. Por isso, se não foi decretada a nulidade do casamento religioso, ou a sua anulação, no foro religioso, ou se a legislação confessional não reconhece essa imediata consequência do julgamento estatal, persiste, para os efeitos religiosos, o casamento religioso.

Ainda que a confissão religiosa não conheça o mesmo caso de nulidade, ou de anulação, ou ainda que, no foro confessional, não se tenha decretado a nulidade, ou pronunciado a anulação, nenhum inconveniente existe em que, no termo confessional do casamento, à margem, se anote o julgado estatal, antes de ser averbada no registro civil a sentença que decretou a nulidade ou a anulação. Nada obsta a que o ministro celebrante a anote com a explicação de que o faz, apenas, em deferência ao sistema estatal, por não haver na legislação confessional o pressuposto invocado de nulidade, ou de anulação, ou se não ter observado o direito processual confessional.

Não há causas de nulidade ou de anulabilidade fora dos pressupostos

apontados pela lei. É preciso que o caso se subsuma num desses pressupostos. O Tribunal de Justiça de São Paulo (9 de abril de 1902 e 6 de setembro de 1904) frisou bem que a analogia não cabe, nem qualquer processo de interpretação, que crie outras causas. Não é criar outras causas incluir-se na lista dos exemplos da anulabilidade com fundamento no art. 183, IX, o caso do casamento contraído sem consentimento do nubente (cf. §§ 801, 6, e 802, 8); aí, ou se reputaria *non existens* o matrimônio, ou se entenderia que o legislador foi infeliz na expressão do próprio pensamento. Ora, mais grave é ter-se por inexistente que ter-se por anulável. Inevitável o dilema, outro caminho não aconselhariam o estudo mesmo da sistemática do Código Civil e o favor de que goza a instituição do casamento. Aliás, a interpretação funciona como explicitação do art. 183, IX, e não como extensão ou criação de causa nova.

§ 813. Prova nos processos de nulidade e de anulação

1. *Onus da prova.* Ao que propõe a ação, ou a reconvenção éque incumbe provar a nulidade ou a anulabilidade. Se se trata de nulidade por serem partes pessoas que se não podiam casar, tal prova é a do parentesco proibido, observado, quando for o caso, o disposto no art. 184 e parágrafo único do Código Civil. Se a nulidade provém de bigamia (arts. 183, VI, 207), prova-se essa mostrando-se a anterioridade de outro casamento; mas só se admite a prova decorrente da certidão do registro civil, se faleceram os cônjuges na posse do estado de casados (art. 203), ou se algum deles faleceu, desde que, em qualquer das duas espécies, a decretação de nulidade prejudique a prole comum.

2. *Confissão.* A prova por confissão do réu, nas ações de desconstituição do casamento, nenhum ou pouco valor tem. Só acompanhada de outras logra alguma atenção, porque a aceitação dela, só por si, estabeleceria, praticamente, a renúncia de direitos que são irrenunciáveis, ou a transação em matéria sobre a qual não se permite transigir Assim, a V Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 16 de agosto de 1907; e a 3ª Câmara da mesma Corte, a 9 de julho de 1928

(sentença do Juízo da 3ª Vara Civil, 13 de março de 1926).

3. *Alcance da confissão.* A eficácia da confissão como meio de prova é

extremamente reduzida no processo sobre a nulidade ou a anulação do casamento. Está em causa o *bonum publicum.* O adversário não se libera do ônus da prova e a confissão pode *confirmar* outras provas, fortalecê-las; não, porém, provar só por si. O arbítrio do juiz em lhe atribuir valor entra por muito (Rota Romana, 13 de maio de 1921).

Se o impedimento é absolutamente dirimente, a confissão a favor do matrimônio não faz prova bastante em si. A própria Igreja católica anui em tal solução, porque há dois interesses publicos (A. Cicu, *II Diritto di Famiglia,* 177; Mario Calamari, *II favor matrirnonii dei processo matrimoniale canonico e civile,* 88); mas, se a dúvida se estabelece, intervém o *favor matrimonli.* Também a confissão contrária não é bastante em si.

Se o impedimento não é absolutamente dirimente, a confissão a favor do matrimônio exclui o interesse do autor ou reconvinte; contra o matrimônio, tem o valor que lhe atribui o juiz, como presunção.

E nesse sentido que se hão de entender as proposições da Rota Romana (27 de agosto de 1910) e de Chelodi *(Iris matrimoniale iuxta C. 11 C.,* 134): "Confessio coniugis non attenditur quoad vinculi solutionem", "Confessio coniugum contra matrimonium nibil valet"; e a do Cardeal Rauscher: "Confessio coniugum quae pro matrimonii valore militat vim probandi in hiis habet casibus in quibus coniugibus accusandi ius privative reservetur." Que a confissão não pode bastar para provar a inexistência ou a nulidade ou anulação do casamento, é princípio de direito matrimonial (A. Cicu, *II Diritto di Famiglia,* 17 s.).

A prova do erro, no caso de mulher já deflorada, é, de ordinário, o exame pericial. Se a mulher se opõe a que se proceda a tal perícia, muito se dificulta a prova. O Tribunal de Justiça do Piaui, a 25 de março de 1915 *(RJ* 1/179), admitiu, em tal caso, a confissão da mulher, quando livremente feita, como suficiente para suprir o exame; mas tal argumento contraria os princípios de direito matrimonial, sobre o valor da confissão nas ações de nulidade e de anulação de casamento. Não se diga que, aí, a confissão da mulher é de nenhum valor; em verdade, porém, constitui simples adminículo de prova. Se há elementos para se crer no defloramento por outrem, anterior ao casamento, como se se produziram cartas da mulher em que há alusões a intimidades, ou a visitas a fazedoras-de-anjos, ou ausências

do lar que levem a supor-se coabitação, a resistência à perícia deve ser interpretada como reforçadora dos indícios e presunções *facti,* ou complementar das meias-provas existentes. Fora daí, seria admitir-se confissão contra o vínculo aplicar-se a pena de confessa à mulher, para se reputar provado o alegado defloramento.

4. *Contumácia,* ficta confessio. Se um dos cônjuges não comparece, a contumácia pode dificultar a defesa do vínculo matrimonial, ameaçando de decretação de nulidade, ou de anulação, o casamento. Se a contumácia é do autor, nenhum inconveniente existe em que seja o processo sem julgamento do mérito extinto. Se o Ministério Público, ou algum interessado, está em situação de continuar o processo, independentemente, ou de promover outro, o que se há de esperar é que assim proceda. Se a contumácia édo réu, o processo continua, o defensor do matrimônio, o *defensor vinculi,* diligencia quanto à prova, às razões e aos recursos.

A *ficta confessio* é tratada como a confissão; as limitações são as mesmas. Assim, se os fatos deduzidos são contra o matrimônio, a não-comparência não os faz provados (1ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 29 de outubro de 1908, *RD* 11/113, mas a negar-lhe *qualquer* valor, o que se não compreende nos impedimentos não absolutamente dirimentes; igual inexatidão no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de maio de 1914). Se os fatos deduzidos são a favor do matrimônio, a *ficta confessio* estabelece, em prol deles, presunção.

5. *Existência* e *validade do casamento.* No processo sobre a existência ou sobre a validade do casamento, o juiz não pode abster-se de levar em conta o que lhe caiba procurar. Os seus propósitos são os de apurar a verdade, pela natureza do interesse em causa, que é o laço matrimonial, e toca-lhe completar as provas *(supplere probationes):* interrogar as partes, quando entender, *ad eruendam venta tem;* nomear peritos; ordenar a intimação de testemunhas; decretar seqüestro de coisas.

O

juiz tem poder para ordenar qualquer diligência ou servir-se de qualquer meio de prova com o intuito de manter o vínculo (assim, a

Ordenação processual alemã, § 622; e o Decreto austríaco de 23 de agosto de 1819, §§ 13 e 14). Se os resultados são contrários, valem os meios de prova que, por sua deliberação, constam do processo.

A diferença entre o princípio *inquisitivo* no processo matrimonial e o principio *dispositivo* nos processos comuns fazia ser excepcionalissimo o trato das ações matrimoniais. Mas a diferença foi atenuada com o art. 130 do Código de Processo Civil, a cujos comentários nos reportamos.

6. *Depoimentos.* Questão delicada fora a de saber se, nas ações de nulidade ou de anulação do casamento, podiam utilmente depor como testemunhas as pessoas que a Parte Geral do Código Civil considerou inadmissíveis (art. 142, IV:

"... o ascendente e o descendente, ou o colateral, até o terceiro grau de algumas das partes, por consangtiinidade, ou afinidade"). O *Codex luris Cononici,* cânon 1.974, é explícito, permitindo o testemunho de quaisquer parentes.

Ê interessante observar-se que Blat ligava tal exceção ao *favor matrimon* ii: "haec praerogativa et ilIe favor propter matrimonii ius divinum servandum sunt semper admissa"; mas, em verdade, a permissão de poderem ser testemunhas em casamentos os parentes mostra que o fundamento é o interesse familial na celebração. Aliás, seria possível que os parentes testemunhassem contra as núpcias, e não se explicaria que ligado fosse ao *favor matrimonii* o testemunho dos parentes. Quando, por exceção, a lei veda o testemunho dos parentes na celebração, não seriam de aceitar-se como testemunhas em processo para a *prova* de ter sido celebrado.

No direito brasileiro, é princípio de direito matrimonial que os parentes podem depor, e cabe ao juiz dar aos depoimentos deles o valor que merecerem. Aliás, o princípio sofre tal exceção, devido a serem os parentes, como os domésticos, os que mais podem conhecer as situações (Código de 1973, art. 405, § 2ª, 1, 3ª parte).

7. *Prova da coação.* O simples temor reverencial não constitui coação. Assim, — o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 23 de abril de 1918

(RT 25/570), a 8 de novembro de 1927 (64/223) e a 29 de maio de 1928 (72/402); o Superior Tribunal de Justiça do Paraná, a 22 de agosto de 1931 *(PJ* 14/147); e o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, em acórdão de 23 de dezembro de 1933. Cf. art. 100, V parte.

Não assim, se acompanhado de ameaças, ou de violências (Supremo Tribunal Federal, 13 de dezembro de 1932, *RF* 60/

339). A jurisprudência tem assinalado alguns eJementos de coação: se o temor reverencial se reveste da forma de força moral irresistível, compõe a figura da coação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de outubro de 1913, *SPJ* 33/267); só em certos casos a procriação de filhos é incompatível com a coação (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 1933); a prisão para a apuração de crime sexual não caracteriza, de si só, a coação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 31 de maio e 20 de outubro de 1933, RT 91/644, mas a figura da coação pode compor-se, cf. 26 de maio de 1931, 79/159); se bem que às testemunhas do casamento de ordinário não se conte o depor contra ele, por ser tome, ne m pese o depoimento delas contra a coação, podem depor e vale o depoimento quando elas mesmas tenham sido constrangidas; o autor do defloramento, que se casou para reparar o mal, não está inibido de, tendo havido coação, pedir a anulação do casamento (Corte de Apelação da Bahia, 31 de julho de 1934); terem-se separado judicialmente os cônjuges constitui elemento de prova de ter cessado a coação, se consensual a separação judicial, ou se proposto pelo cônjuge acusado de coagir; porém a separação judicial não tem, sempre, tal conseqUência, como parece ter querido, certa vez, a Corte de Apelação do Distrito Federal, pois que é possível imaginar-se a coação que perdure além da separação judicial (1ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 18 de junho de 1926, RD 81/586 s.); na apreciação da coação, hão de ser levados em conta o temperamento e as qualidades do coator e o temperamento e as qualidades da vitima (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 5 de dezembro de 1930). Cf. art. 99.

8. *Parentesco e impedimentos.* Tratando-se de impedimento resultante de parentesco, deve o autor prová-lo, e a defesa consistirá na impugnação desse laço até onde a lei o considera causa vedativa para o matrimônio. Se a nulidade consiste em arguição de bigamia, deve o autor provar a existência do primeiro casamento (F. Laurent, *Cours Élémentaire de Droit Civil,* 1, 255), cuja nulidade, por sua vez, o acusado pode opor; nesse caso, a validade ou a nulidade do casamento

anterior deve ser julgada preliminarmente.

A nulidade ou a anulação do casamento produz, às vezes, sérios choques na família: *o* escândalo moral, os filhos comprometidos etc. Deve o juiz, portanto, optar sempre, na igualdade de provas, pela existência ou validade do matrimônio. Na dúvida entre as provas pró e contra, manda o próprio Código Civil (art. 206) que se julgue pelo casamento, se os cônjuges, cujo matrimônio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados, — regra sobre a *existência* do casamento, a que corresponde outra, geral, abstraindo-se da posse de estado, sobre a *validade.* E o *favor matrimonii.*

9. *Texto formal.* A nulidade ou a anulabilidade só se pronuncia em virtude de texto formal. Não basta que uma lei seja proibitiva para que a sua inobservância implique a nulidade ou a anulação do casamento; se o texto não pronuncia a nulidade, não pode o juiz anular ou julgar nulo o casamento (E Laurent, *Cours Elémentaire,* 1, 243).

10. *Prova do erro.* O juiz precisa não confundir os erros que dizem respeito à pessoa mesma e os que se referem a relações entre as pessoas. Causa sensacional, nesse ponto, foi a que tiveram de julgar a 4ª e, depois, as 3ª e 4ª Câmaras (Tribunal de Apelação do Distrito Federal). O advogado havia pedido a anulação por se tratar de filha adulterina, e não de filha legítima, conforme constava do ato de casamento, e na petição, narrando os fatos, só de leve aludira ao *erro sobre a paternidade.* Entendendo a 4ª Câmara que o pedido versava sobre o erro quanto à qualidade da filiação, e não quanto à filiação, só enfrentou a tese, que o advogado sustentara, de constituir erro sobre a pessoa o casar-se com alguém que o noivo cria, pelos documentos, filha legítima, sendo filha adulterina a noiva. Indo os autos a julgamento nas e 4ª Câmaras do Tribunal de Apelação e reposta em discussão a determinação do conteúdo da petição, foi decidido que havia, em boa inteligência do pedido, dois fundamentos: *a)* ser anulável o casamento por adulterinidade de quem se dizia filha legítima (tese repelida pela 4ª Câmara, Apelação nº 6.300); *b)* ser anulável o casamento por erro quanto à paternidade (tese de Cabassut, a que nos referimos antes, e não considerada em julgamento pela 4ªCâmara). A primeira tese foi impugnada por todos os componentes das duas Câmaras e, havendo empate quanto à segunda, o Desembargador presidente desempatou pela anulação por erro quanto

à paternidade (Embargos na Apelação nº 6.300, 17 de junho de 1938).

No julgamento das ações de anulação por erro, ~ problema mais difícil é, precisamente, o que concerne à *identidade do* cônjuge. A primeira subsunção é a de maior relevância: é essencial à identidade da pessoa, ou não, a qualidade.

Melhor é o exemplo que a dissertação para se mostrar a delicadeza da apreciação dos conceitos e dos dados. respeito, foram memoráveis dois casos — os processos, nº 6.802 e nº 6.300, aquele sobre o erro quanto à nacionalidade, e esse Úluanto aos erros de *qualidade* da filiação e de paternidade. A casisa de que acima falamos (Embargos na Apelação nº

6.300) foi p processo Raja-Gabaglia. Tratemos do outro.

Quem casa com italiano, crendo-o Brasileiro, ou com Brasileiro, crendo-o italiano, não erra sobre a identidade da pessoa. O erro é sobre qualidade, e de tal erro não cogitou o código Civil. Toda qualidade que depende da vontade da pessoa, ou de outrem, tão-só, para que se adquira, de regra não é essencial à pessoa, menos ainda à identidade. Quem casa com a filha de João, crendo-a filha de Pedro, claro que casou com quem não pensava se tal qualidade preponderante atuou de tal modo que torpa insuportável a vida em comum. Porém quem casa com ltaliano que o e porque os seus pais o são, ou só o é o pai, ou porque outro motivo o determinou, não erra quanto à pessoa, se p acreditou Brasileiro. A qualquer tempo o Italiano pode fazer-se Brasileiro ou deixar de ser Italiano e Brasileiro, passar a não ter patria ou a ter mais de uma. Se na simulação houve crime (falsidad e ou outra figura penal) e é inafiançável, trata-se de outro pres suposto de anulabilidade, que depende do trânsito em julgado ala sentença condenatória, para que se julgue procedente o pedido, no civel. A nacionalidade e a profissão são mudáveis. Há pessoas sue, durante a vida e durante o casamento, sem qualquer possibilidade de oposição por parte do outro cônjuge, obtêm sucessivas nacionalidades (Italiano, Francês, Brasileiro, Uruguaio); outras pue acumulam nacionalidades, e são os polipátrides; outras, enfim que não têm nacionalidade, ou porque perderam a que possuíam ou porque perderam as que possuiam, ou porque nunca a tiveram: são os sem-pátria ou apátrides.

Cumpre não se confundam a *nacionalidade* e a *raça.* Se um Brasileiro-Judeu casasse com mulher que se dissesse de raça judia e provado ficasse, pelas circunstâncias, que houve erro e tal erro lhe faz insuportável a vida em comum, seria de dar-se a anulação. Outrossim, se o cônjuge enganado, inimigo dos Judeus, se casou com Judeu ou mulher judia, que ocultou tal qualidade pessoal, não suscetível de ser apagada, por se tratar de dado étnico. A nacionalidade é como um sinete do Estado, sujeito a ser obliterado, substituído, acumulado com outro, e até volver ao que era. Não écoextensivo à raça. Diga-se o mesmo sobre o erro de religião (4ª Câmara do Tribunal de Apelação, Apelação nº 6.802, 17 de junho de 1938).

11. *Prova da insuportabilidade derivada do erro.* A questão do elemento subjetivo da insuportabilidade (art. 219, 1) é delicada; mas é possível proceder-se à caracterização do que pode influir na insuportabilidade provinda da pessoa que a invoca. Cedo, no dizer-se que um dado é insuportável tem de ser levada em conta a receptividade do cônjuge enganado.

Por exemplo: criatura de fina educação moral casa-se com alguém que se apresenta como médico e se descobre ser apenas enfermeiro; criatura que era cozinheira, já tendo sido presa e condenada por furto, se casa com pessoa que se diz médico e é enfermeiro. O julgamento, num e outro caso, não pode ser o mesmo. E o elemento subjetivo intervém, diferenciando os dados das causas. Melhor se apanha a distinção imaginando-se que se trate de pessoa instruída, rica, mas que processara outrem por defloramento e perdera o processo, por se provar a prática de relações com pessoas que não o acusado, e outra, cozinheira, mas de fina educação, em cujas cartas se verifica que foi a obtenção do diploma de médico, alcançado pelo noivo, que a decidira a casar-se. Ali, é suportável o erro; aqui, não.

A sutileza da distinção há de levar os juizes à longa meditação dos elementos subjetivos, *no que eles se objetivam,* isto é, no que eles constituem prova de receptividade, e não no que ficam no campo das opiniões pessoais, ou de cada temperamento. A insuportabilidade é a que se apresenta, nos *fatos,* se determinada pela causa do erro, e não em se *dizer* ou em se *pensar* ser insuportável a convivência com o outro cônjuge, devido ao erro. Insuportável é o que o é, e não o que se opina seja. Algumas vezes o elemento subjetivo desfaz a insuportabilidade, em vez de produzila. E o caso de todos os cônjuges que, a despeito do erro e da sua gravidade e de ser, de ordinário,

insuportável, não no vêem sequer, ou vêem, mas o amor o supera. O que casa com meretriz e, descobrindo-o, com ela continua e com ela coabita, desfaz o conceito de insuportabilidade que objetivamente se estabelecera; o elemento subjetivo objetiva-se, mostrando que é suportável, e não insuportável, a vida conjugal.

12. *Trânsito em julgado.* No direito anterior, dizia-se que, pelo favor ao matrimônio, a sentença de nulidade ou anulação nunca passa em julgado: a todo o tempo pode ser disputada, se aparecerem novas provas (Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 154). Rigorosamente, o assunto pertence ao direito processual, porque a ele cabe dizer quais os efeitos com que se entrega a prestação jurisdicional, isto é, *quando a decisão faz coisa julgada* e *quando não faz,* se cabe a ação rescisória da sentença, e quando não cabe, ou já não cabe, a ação rescisória. Seja como for, no estado atual do direito brasileiro, a sentença proferida em ação de nulidade ou de anulação do casamento está sujeita ao prazo preclusivo de dois anos para a propositura da ação rescisória, ação que ataca a coisa julgada, e nenhum fundamento há para se excluir da força ou efeito da coisa julgada formal a sentença proferida em ação de nulidade ou de anulação do casamento.

13.

Duas ou mais ações *de nulidade ou de anulação.* Proposta ação de nulidade, ou de anulação, nada obsta a que se inicie outra ou a que se iniciem outras, pois a pressupostos diferentes podem corresponder ações diferentes e processos separados. Demais, não há inconveniente em que cada uma seja julgada de per si, desde que os fundamentos dos pedidos não sejam os mesmos. (No direito alemão, e somente quanto à anulabilidade, há a exceção a que o § 1.343

do Código Civil, antes da Lei nº 16, de 20 de fevereiro de 1946, se reportava, ao dizer não ser possível outra ação antes de decidida a que se propôs.) Isso não quer dizer que, propostas duas ou mais ações de nulidade e julgada uma, com *res iudicota,* se devam julgar as outras. Já se declarou a nulidade e dificilmente vantagem haveria. Ainda quando algum ou ambos os cônjuges hajam alegado putatividade, interesse não existiria, porque: ou a primeira sentença declarou putativo o casamento e haveria *bis idem* em qualquer nova declaração; ou a sentença não no declarou putativo, e bastaria uma nulidade com má-fé

para afastar o reconhecimento dos efeitos putativos. O mesmo raciocínio há de ser feito em relação a duas ou mais ações de anulação, ou uma de nulidade e outra ou outras de anulação. Se a primeira julgada foi a de anulação, ou uma delas, pode haver interesse em se pedir a decretação de nulidade, pela diferença a mais nas consequências dessa. Se o que se quer é somente negar-se a putatividade, deve ser julgada a outra ação.

14. *Ação de anulação por coação e ação de anulação por erro sobre a pessoa do outro cônjuge.* O Tribunal da Relação de Minas Gerais (28 de abril de 1934, *RF* 62/487) decidiu, ceda vez, que, em processo de anulação de casamento, não se podiam propor, ao mesmo tempo, a ação de anulação por coação e a ação de anulação por erro sobre a pessoa do outro cônjuge, por serem inconciliáveis os motivos. Com razão, porque, para haver erro, consentimento houve; se houve coação, não houve erro. Em todo o caso, pode no espírito do nubente haver dúvida sobre a identidade, e a coação consistir exatamente em se obrigar o nubente a contrair as núpcias no estado de dúvida. O Tribunal da Relação de Minas Gerais não fez bem em pôr o principio com a generalidade com que o concebeu.

15. Os *arts. 203 e 206 do Código Civil.* Quando está em dúvida a validade de um casamento, não se há de invocar *o* art.

203, nem o art. 206, como fundamento do *favor matrimon ii.* Aqui, ele resulta da exigência mesma de bem julgar: o juiz não pode pender para a decretação de invalidade, tratando-se de ato digno de favores, como é o casamento. Tal *favor vinculi* intervém, quer haja, quer não, a prova da posse de estado de casados. A posse de estado só é útil invocar-se quando está em causa a existência do casamento, porque, então, casamento existiu, ou não existiu, e a posse de estado é indicio de ter existido. Quando se discute a validade do casamento, já se sabe que o casamento existiu, e nenhuma vantagem há em se provar a posse de estado, porque, com ela, ou sem ela, casamento existiu. Quando, sem a devida atenção, os juizes consideram requisito para o *favor matrimonii,* no caso de discussão sobre a validade do casamento, a prova da posse de estado de casados, introduzem pressuposto supérfluo, desfavorecendo, em vez de favorecerem, o matrimônio. A lei canônica é expressiva (cânon 1.014): “Matrimonium gaudet favore iuris; quare in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contrario probetur, salvo prescripto can. 1.127.“ Não cabe distinguir-

se a dúvida sobre o fato e a dúvida sobre direito (cf. Chelodi, *lus matrimoniale iuxta C. L C.,* 6), conforme decidiu a Rota Romana, a 22 de março de 1910; e por menor que ela seja, uma vez que não se apresentem, *incontinenti et concludentissime,* as provas da pretensa nulidade. No direito brasileiro, o juiz não pode ter dúvidas quanto ao direito, *lura novit curia.*

16. *Favor matrimonii.* Na defesa do casamento, o réu ou a ré pode alterar os articulados e aumentá-los, pois que não há, por força do *favor matrimonii,* a proibição de inovar. Por onde se vê que o *favor matrimonii* quebra o *princfpio da igualdade das partes* e o principio da *preclusão da postulação.* E não suporta exceção, ainda no caso de matrimônio *ex metu mito,* salvo quando de direito a dúvida *(aliter,* no direito canônico, Wernz, De Matrimonio, *lus Canonicum,* V.,

§ 814. Processo das ações de nulidade e de anulação

1. *Rito ordinário.* A decretação de nulidade e a anulação do casamento processam-se por ação de rito ordinário, na qual se nomeia curador que o defenda. O art. 222 do Código Civil diz, explicitamente: "A nulidade do casamento processar-se-á por ação ordinária, na qual será nomeado curador que o defenda." (É hábito falar-se de "declaração de nulidade".

Observe-se, porém, que a pretensão ao julgamento da nulidade, ou anulação, e a ação que lhe corresponde, não são *declarativas;* são *constitutivas negativas.)*

O pedido há de ser preciso e claro. Se foi proposta a ação de anulação com a citação da lei, precisamente, mas, na exposição dos fatos, usou o autor de termos impróprios, por deficiência de conhecimentos jurídicos, ou desatenção, o juiz somente tem de verificar se os fatos provados cabem na regra jurídica e se houve o erro com a insuportabilidade da vida em comum. Assim, se o autor casou com A, que se dizia filha de B, e propõe ação de anulação dizendo que A é filha havida fora do casamento, e não na constância do casamento (o que constitui erro sobre a pessoa), fazendo a prova de que houve erro sobre a paternidade em circunstâncias que atendem e satisfazem ao art. 219, 1 (houve erro sobre a paternidade, e não sobre a qualidade da filiação), decide-se pela anulação por erro sobre a paternidade (3ª e

4" Câmaras do Tribunal de Apelação do Distrito Federál, 17 de junho de 1938).

2. *Diferença de tratamento das nulidades na Parte Geral do direito privado e no direito matrimonial.* Superficial conhecimento dos princípios que regem o direito matrimonial levou alguns juristas a entender ser aplicável, quanto aos casamentos nulos, o principio geral de direito que permite tratar-se o ato nulo como se nenhum fora. Seria pôr na mesma plana o contrato de direito de familia, de alta significação social, que é o casamento, e qualquer papel de contrato de direito das obrigações, ou de direito das coisas, civil ou comercial, eivado de nulidade. Ceda vez, por exempío, o Tesouro Nacional julgou-se com poderes para deixar de pagar a pensão de uma viúva, por ter um dus funcionários dado parecer sobre a nulidade do casamento, alegando-se que o casamento nulo é nenhum e, como tal, qualquer pessoa pode recusar-se a reconhecê-lo. Nada mais contrário á tradição do direito matrimonial e ao próprio Código Civil. No art. 183, XIV, a lei considera o casamento nulo como casamento *existente,* que precisa ser desfeito *(verbis* "cujo casamento se desfez por ser nulo"). Ora, se a mulher, cujo casamento se desfez por ser nulo, só se pode casar trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal, salvo se, antes de findo esse prazo, der à luz algum filho, claro que, *a fortiori,* antes de dissolvida a sociedade conjugal, não se pode casar.

O Código Civil adotou a declaração (leia-se: declaração, se se quer rigorosa classificação das pretensões e das ações) de putatividade, ainda que nulo o casamento, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges ou somente por um (art. 221 e parágrafo único), de modo que não é possível excluir-se a apreciação judicial da nulidade para que se invoque, com oportunidade, o caráter putativo do casamento nulo. Se bem que conheça a distinção entre ação de nulidade e ação de anulação, por vezes fala de nulidade para designar a ambas, — a nulidade e a anulabilidade, como, aliás, já ocorreu na Parte Geral. Se o art. 222 se refere a" "nulidade", interpretação literal tem de dizer que só se reporta à nulidade ou a ambas; nunca, porém, apenas à anulação, porque seria fazer alusivo o texto erradamente, contra os princípios de direito matrimonial, ao que dele não consta, isto é, ler-se "anulação" onde só está escrito "nulidade".

Acertado é que atribuamos à palavra o sentido geral, que abrange todas as invalidades. Ainda há outras razões para assim entendermos.

No art. 223, ao falar da separação de corpos, o Código Civil diz que há de ser requerida pelo autor antes de mover a ação de nulidade de casamento, a de anulação, ou a de separação judicial. Por onde se vê, insofismavelmente, que a sua sistemática supõe a sentença de nulidade em remédio jurídico processual. Demais, seria absurdo que se tivesse de nomear curador ao matrimônio nos casos de ser atacado como anulável, e não se lhe nomeasse quando alegada a nulidade que é mais grave. No art. 2ª, 1-1V, ainda acentua a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que a sociedade conjugal (quer dizer — as relações sexuais com caráter licito, se a ilicitude não provém delas mesmas) termina pela morte de um dos cônjuges, *pela nulidade* ou *anulação* do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio. O vinculo conjugal é que, sendo válido o casamento (art. 2ª, parágrafo único), só se dissolve com a morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Tampouco é possível pronunciar-se a nulidade, ou anular-se casamento em processo de inventário (Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de outubro de 1922, *RT* 44/591). No mesmo sentido, frisando que se não pode decretar a nulidade *inciden ter,* ainda que em processo de rito ordinário, com outro objeto, a 1ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 11 de novembro de 1913, confirmada a decisão pelas Câmaras Reunidas, a 2 de outubro de 1919 *(RD* 55/523).

Isso não quer dizer que se vede, *a prio ri,* a cumulação. *De lege lata,* é que não se pode dar.

3. *Ação* e *reconvenção.* O Código Civil não se satisfez em exigir que a nulidade, ou a anulação do casamento, se pleiteie em *remédio pmcessual,* — exigiu ordinariedade. (A existência ou a validade de um casamento ainda pode ser objeto de incidente; não, porém, a invalidade. O casamento de pessoas de sexo diferente, que foi registrado, só em processo próprio se impugna, pois que *existe.* Mas em defesa permite-se mostrar que não há a diferença de sexo, ou não houve registro.)

O Código Civil vai além, no que foi seguido pela lei sobre o casamento religioso: estabelece que o processo seja em rito “ordinário”. É o que diz o art. 222, *verbis* “por ação ordinária”. “Ação”, aí, é o remédio jurídico processual, com o rito ordinário. As ações, essas, são constitutivas negativas.

A nulidade ou anulação do casamento pode ser pedida em *ação,* ordinariamente processada, conforme exige o art. 222

do Código Civil, ou em reconvenção, que há de seguir o rito ordinário, como se foi intentada a ação de nulidade do segundo casamento e o cônjuge com quem se casou o que era casado, ou ele mesmo, quer provar que era inválido o primeiro. Se o primeiro casamento estava *dissolvido* (caso dos não-domiciliados cuja lei pessoal per mite o divórcio), o cônjuge ou interessado na validade do segundo pode sustentá-la como defesa (sem razão, por falar em exceção, Erler, Familienrecht, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* IV, 33).

A validade pode ser objeto de incidente; a nulidade, não. Por isso mesmo, se se quer o julgamento da nulidade ou a anulação do casamento anterior, qualquer que seja a finalidade do pedido, é em processo de rito ordinário que se pleiteia. Se um casamento se supõe válido, ou em partilha de bens ou em qualquer ação de direito civil, o caminho que se tem para a rescisão da sentença, por valer e não estar dissolvido o casamento anterior, é o de se pedir, primeiro, o julgamento da nulidade ou da anulação do casamento, em processo de rito ordinário, e depois a rescisão da sentença que o não considerou dissolvido, ou, ao pedir-se a rescisão, pedir-se *também* a decretação de nulidade ou anulação do casamento (cúmulo de ações), em processo de rito ordinário, porque a isso obriga o art. 222. O Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em sessão plena de 1ª de junho de 1938, na Ação Rescisória nº 174, teve ensejo de assim decidir, quer quanto ao cúmulo, quer quanto à exigência do processo de rito ordinário, sendo de notar-se que admitiu a competência por conexão, a despeito de só ser competente originariamente para a ação rescisória, por se tratar de acórdão rescindendo de Câmara, devendo conhecer da ação de nulidade ou de anulação o juiz da primeira instância. Hoje, veja-se a Constituição de 1988, aris. 102,1, j), 2ª parte, 105,1, *e),* 2ª parte, e 108,1, *b),* 2ª parte; Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, ads. 101, § 3ª, *e),* 2ª parte, e 110, parágrafo único.

A nulidade de um casamento não pode ser decretada *mciden ter;* é preciso o processo de rito ordinário. Igualmente, não seria admissível que se pronunciasse a rescisão da sentença denegatária de anulação de um casamento fora do rito ordinário, ou em reconvenção, sem esse rito.

4.Inexcetualidade da regra sobre o rito ordinário, como lex fori. A ação

de nulidade ou de anulação obedece ao processo de rito ordinário, quer estejam vivos, ou modos, os cônjuges, quer por admitir o divórcio a lei pessoal de um dos cônjuges, quer se tenha dissolvido o casamento, quer se tenha dado a dissolução da sociedade conjugal por anterior ação de anulação. Nisso, o direito brasileiro distingue-se do alemão, onde a exigência de processo de nulidade cessa quando já dissolvido o casamento.

§ 815. Defensor matrimonii

1. *A figura do defensor do matrimônio, no direito canônico.* O curador para a defesa do casamento, *defensor matrimon ii,* éfigura oriunda do direito canônico. Deve-se a sugestão de tal expediente, que representa, de certo, descoberta técnica, a Henrique de Segúsia, o célebre cardinalis *hostiensis,* do século XIII, que, temendo a vitória das ações de nulidade, com que se dissimulava o propósito de verdadeiros divórcios, propôs, nos casos em que os interessados não se defendessem contra a *accusatio matrinionii,* que se convidassem os parentes e afins à defesa do casamento e que, na falta de quem assumisse tal atitude, se desse a alguém, de boas intenções, a missão de *defensor matrimon ii,* se bem que não fosse claro o poder do juiz de nomeá-lo. Lê-se no Hostiense (Summa *aurea super titulis Decretalium,* 385, *verso):*

"Si hi quos principaliter tangit defendere nolunt, puto quod accusatio publicanda sit in ecclesia, et si affinis vel cognatus velit defendere matrimonium audietur, et demum, his deficientibus, quilibet extraneus admittetur. Si ergo aliquis apparet defensor audietur, et demum, his deficientibus, quilibet extraneus admittetur. Si ergo aliquis apparet defensor audietur et poterit repeliere accusatorem ante litem contestatum... Si nulius defensor apparet, iudex de plano inquiret." É interessante observar-se que a inovação do Hostiense só veio a prevalecer no século XVIII, ao tempo de Bento XIV.

Foi então estabelecido que, em qualquer causa em que se pusesse em exame a validade de casamento, figurasse o *defensor matrimonii,* não já como sub-rogado do interessado, que renunciasse à defesa, mas com missão própria, ao lado das partes. Já então tinha de assistir, ou pelo menos ser citado para assistir a todos os atos do processo, — considerando-se nulos aqueles para os quais não fosse citado. Era de nomeação do juiz ordinário, nas causas matrimoniais perante tribunal

que não fosse a Corte de Roma. Nas causas matrimoniais *quae Romae diceptandae sunt,* constituído por ordem papal. Se a causa era perante *iudex delega tus,* esse escolhia o defensor.

2. *Defensor permanente ou nomeado* ad hoc. O *defensor matrimonii* pode ser permanente, ou nomeado para cada causa. O Código Civil não optou por uma ou outra espécie. No direito canônico, é permanente *(Codex luris Canonici,* cânones 1.586- 1.590).

No Brasil, ao direito processual incumbiria decidir, uma vez que o Código Civil não resolveu quanto à duração do cargo. Nada se resolveu no Código de Processo Civil.

Dada a função, que tem, em virtude do Código Civil, art. 222, e a tradição do direito, que é canônica, ao defensor cabe o dever de apelar da sentença que pronuncia a nulidade ou a anulação do casamento; não assim, se a sentença o considera válido. Cumpre que se não confunda a missão do Ministério Público, que tem de levar em conta os dados da causa para se pronunciar pelo casamento, ou contra a validade dele, e a do *defensor rnatrimon ii,* que é defensor especial, advogado com instruções decorrentes intrinsecamente do próprio cargo. O direito de apelar (aliás, o direito e o dever) nada tem com haverem apelado, ou não, as partes. Resta saber se, confirmada na segunda instância a sentença que pronunciou a nulidade do casamento, ou que o anulou, tem o defensor o dever de usar de recursos extraordinários, ou dos remédios jurídicos processuais contra as sentenças. Já o direito canônico do século XVIII não levava até ai a obrigação do *defensor matrimon ii.* Claro é, porém, que deve opor embargos, sejam infringentes (Código de 1973, arts. 530-534), quer de declaração (Código de 1973, arts. 535-538).

Em todo o caso, tendo o *defensor matrimonii* sustentado a constitucionalidade de uma lei que afirma existir e valer o casamento, ou interpretação que o diga, não se compreende que deixe de usar do recurso, a fim de obter a aplicação do texto legal.

Assim, seria contra o intuito do instituto mesmo da defesa do matrimônio e contra a atitude assumida no processo que não interpusesse recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Fede ral (Constituição de 1988, art. 102, III, *c),* 2e parte), ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (Constituição de 1988, art. 105,

III, *c))*.

3. *Falta de nomeação e infração do dever de defesa.* A falta de nomeação do defensor produz nulidade do processo da ação de nulidade ou de anulação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de abril de 1929, RT 71/88); não assim a negligência do defensor em apelar, ou em usar de qualquer recurso. Na instância superior, ou naquela mesma em que foi nomeado, pode ser destituido por não ter cumprido o seu dever, ou por estar prestes a expirar o prazo para a interposição de um recurso. Submetida a sentença ao duplo grau necessário de jurisdição, por nossas leis (Código de 1973, art. 475, 1), tem de ser ouvido o defensor do matrimônio, ainda que não tenha apelado. Não supre a sua audiência a do Ministério Público, inclusive a do Procurador Geral. As duas funções são distintas e insub-rogáveis.

O defensor, que não defende, ou que comete fraude, ou se deixa subornar, é delinqúente e deve ser, por isso, denunciado. Se o *defensor vinculi* não cumpre o seu dever, com isso não fica prejudicada a defesa do laço matrimonial, e sim o processo, que é nulo desde a infração. Se deixa de apelar, não correu contra a defesa o prazo, que se abre para o que o juiz nomear em substituição, como lhe cumpre. Se houve apelação e ele defende, com o apelante, o vinculo, entende-se ter apelado, como parte necessária, que é. Se não no defende, por culpa do apelante, nulo é o processo, desde que devia falar, ou falar a favor. Se não defende, por culpa sua, o juiz tem de substitui-lo, pois que decaiu da sua missão.

Tudo isso também ocorre quando se trata de qualquer recurso ordinário, como o de agravo e os de embargos.

A nulidade do casamento não pode ser alegada *inciden ter,* nem na decreta, de ofício, o juiz (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de junho de 1947, RT 169/294: “Podem ser assim condensadas as conseqüências do preceito de processar-se por ação ordinária a nulidade de casamento: *a)* em caso algum, a nulidade será decretada *ex officio;* 14

somente pode ser pronunciada em sentença proferida em ação ordinária, intentada para esse fim; *c)* depois de julgada por sentença a nulidade, é que o casamento deixa de produzir os seus efeitos; *d)* antes de dada a sentença em ação ordinária não pode a nulidade de casamento ser alegada como matéria de defesa em outra ação.”). Há

interesse público em que somente se argua em açao de rito ordinário; porém é exagerado dizer-se que, nas ações de nulidade, ou de anulação, sejam suspeitos de conluio os cônjuges, como fez a Turma Civil do Tribunal de Justiça de Alagoas, a 24 de agosto de 1948 *(RF* 133/204). O interesse público ficou protegido pelo Ministério Público e o casamento mesmo tem o seu defensor: aquele tem as suas funções normais; esse é *defensor matrimonii,* e só isso. Também é ir demasiado longe decretar-se a nulidade do processo porque o defensor não fez defesa suficiente, ou a fez frágil, salvo se concordou com a nulidade, ou a anulação, ou se recusou à defesa. A função de defensor é inacumulável com a do órgão do Ministério Público (5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de maio de 1950, *RT* 187/305), cuja figura canônica vem de 1741, sob Bento XIV: "Se os cônjuges têm a iniciativa do processo, ao Estado cabe intervir nele quando se trata de relações nas quais é interessado direto, como são as que dizem respeito ao direito matrimonial. Por isso, a relação processual não estará validamente constituída se não intervém o defensor do vínculo, litisconsorte necessário na causa.

A falta de nomeação do curador acarreta a nulidade do processo. Mas ao lado dele funciona também o representante do Ministério Público" (6ª Câmara, 12 de setembro de 1946, 171/569). A nomeação do defensor, em segunda instância, não sana o processo (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 21 de agosto de 1945, 159/769). Se o defensor se recusa a defender, o caminho que tem o juiz é exonerálo, e nomear outro.

4. Se o defensor vinculi é *parte no processo ou auxiliar da Justiça.* 9 *defensor vínculi* é parte no processo, ou auxiliar da Justiça? Ainda hoje se discute isso no direito canônico, onde o cânon 1.586, que ao defensor se refere, está colocado na rubrica *De partibus in causa,* e o cânon 1.621 fala de pessoas que auxiliam os tribunais, — *(tribunali) operam ferunt.*

Roberti ainda considera parte o defensor do casamento; e, por mais que se enfileirem argumentos contra sua explicação do papel do defensor, pensamos que esse representa o Estado (ou a Igreja) e parte é, como parte é, às vezes, o Ministério Público. Não é órgão do Estado, mas é pessoa privada investida de função pública. Tem ele o dever de recorrer Aliás, persiste, como lei ordinária, a obrigação de o juiz submeter a sentença que decretar a invalidade do casamento ao duplo

grau de jurisdição, *obliga tio* que tiveram os juizes brasileiros desde a Constituição de 1934. Nunca lhe é dado fazêlo quanto a decisão proferida a favor do vinculo (O. Neumann, *Kommentar zu den Ziuilprozessgesetzen,* II, 1524).

O

Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (25 de julho de 1930) sustentou, erradamente, que o defensor do matrimônio podia, se lhe parecesse manifesta a nulidade ou a anulabilidade, admiti-la. Já não seria defensor. A tradição é exatamente no sentido contrário. Por mais fraca que seja a sua argumentação, o seu papel é defendê-lo, porque, ainda quando se trate de nulidade proveniente de impedimentos de interesse público, falecendo-lhe qualquer razão para afastar a nulidade, é seu dever defender os efeitos *putativos* do casamento, se houve boa-fé. Ora, no caso examinado pelo Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, não houve conluio imoral entre os cônjuges, razão maior para que o defensor do matrimônio não fugisse à sua missão. Se era contra a sua consciência, que deixasse o cargo para que outro o substituisse. Não podia manifestar-se *contra* o casamento, e o Tribunal, permitindo-o, violou principios que nos vêm das fontes mesmas da instituição.

A 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 30 de maio de 1938, teve de decidir se importava nulidade do processo ter o *defensor vinculi* assumido, durante o feito, atitude hostil à validade do casamento, atitude que começara a manifestar-se desde a prova; e julgou, por dois votos contra um, nulo o processo desde o momento em que o defensor, em vez de exercer a missão que lhe fora cometida, se revelou contrário à validade. Não prevaleceu o argumento de que, no direito processual, não se cogitara de tal nulidade por se julgar, acertadamente, que o art. 222 é imperativo *(ius cogens)* e, embora inserto no Código Civil, referindo-se a matéria processual, a nulidade do processo é necessária conseqUência dele.

5. *Extensão da sua função.* O *defensor matrimonii* é parte no processo, conforme assenta a ciência mesma da processualística (H. Sperl, Schima, R. Pollak e tantos outros, sendo poucos, como J. Weismann, os que o negam, sem fundamento de valia). Pode pedir a rescisão da sentença que foi proferida contra o casamento, inclusive para que se lhe confira a putatividade.

1. *Textos do Código Civil.* Antes de mover a ação de nulidade de casamento, ou a de anulação, ou a de separação judicial, requerera o autor, com documentos que a autorizem, a separação de como,que será concedida pelo juiz com a possível brevidade. Concedida a separação, a mulher poderá pedir os alimentos provisionais, que lhe serão arbitrados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (Código Civil, arts. 223, 224 e 400).

O art. 223 diz-nos muito: primeiro, põe claro que existem "ação de nulidade do casamento" e "ação de anulação do casamento", bem como a "ação de separação judicial", razão mais que suficiente para não se admitir qualquer pronunciamento de nulidade sem a propositura de processo de rito ordinário, no qual se peça a providência do art. 223, exerça a mulher o direito aos alimentos provisionais (art. 224) e se nomeie curador que defenda o matrimônio (art. 222).

Tudo isso está na lei, e só defeituoso estudo, sobre superficial, dos textos legais, permitiu que se invocasse o art. 146, parágrafo único, totalmente inaplicável em direito matrimonial, no tocante ao casamento.

Enquanto não se anula o casamento, ou se lhe não decreta a nulidade, casamento existe, sociedade conjugal foi estabelecida, *e* não é possível pensar-se em direito à separação de corpos, sem que a lei o diga. Se o art. 223, ou, na falta dele, outra regra da lei escrita ou de direito não-escrito, não contivesse a regra da separação de corpos, ficaria sem provimento a situação criada pela propositura das ações de nulidade, de anulação do casamento, ou de separação judicial, ou entregue ao juiz, em seu arbítrio, a solução. O art. 223 estabelece, não a pretensão, tão-só, de pedir o cônjuge a separação de corpos, mas a pretensão e a regra cogente objetiva. Donde poder o juiz ordenar a separação. Muitas vezes o interesse público o exige.

Claro que o decreto judicial não obriga à separação de corpos, *materialmente,* e sim, apenas, juridicamente. Por isso mesmo, não é de aceitar-se a jurisprudência que considera desnecessária a decretação quando os cônjuges já estão de fato separados (Superior Tribunal do Rio Grande do Sul, 19 de abril de 1912). A separação de fato não é suficiente para os efeitos que interessam ao Estado, na regulação do casamento civil e das situações estabelecidas *inciden ter*.

Tampouco o consentimento mútuo basta à separação de corpos *jurídica;* à separação de fato, sim. Nem o juiz deve considerar bastante a vontade das partes para que, proposta a ação de nulidade do casamento, ou a de anulação, ou a de separação judicial, se decrete a separação dos corpos, pois que se trata de efeito de propositura com aparência razoável.

A jurisprudência tem firmado que a expedição do alvará de separação, ou a simples decisão judicial a respeito, não é essencial ao processo de qualquer das ações a que se refere o art. 223; quer dizer: a sua falta não produz nulidade. Isso nada tem com o seu dever de decretar a separação, confusão em que tem incidido, por vezes, a doutrina. A resolução judicial de separação de corpos é decisão *constitutiva.*

2. *Autor e réu podem pedir a separação.* O art. 223 só alude ao autor; mas, certo, também o réu pode pedir a separação; nem se compreenderia que, proposta a ação de nulidade, ou a de anulação do casamento, ou a de separação judicial, ficasse o réu sujeito à convivência conjugal e às conseqUências de não estar juridicamente separado. Também não é verdade que não possa o juiz denegar a separação. Desde que a lei fala em documentos, que a autorizem, tem o juiz a apreciação desses documentos. Não raro, terá o autor, ou quem requereu o alvará de separação de corpos, de recorrer a justificações, que se farão em segredo de justiça (Código de 1973, art. 155, II).

Diz-se que, estando separados de fato os cônjuges, não é de mister a separação de como (Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de abril de 1932, *RT* 95/407; 6ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 3 de agosto de 1936, *Ai* 36/124; Conselho de Justiça do Distrito Federal, 24 de setembro de 1936 *RT* 105/762; 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de março de 1947, 143/656); nem no é se qualquer dos cônjuges não a requerer (3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de julho de 1942, *RF* 92/504; 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 10 de março de 1941, *RT* 132/683). Não se diga, porém, que, estando separados de fato os cônjuges, não seja de se deferir o pedido de separação de como: seria confundir-se a eficácia *jurídica* com o estado de fato e cometer-se o erro de se ter por homologatória ou declaratória a decisão de separação de corpos se separação já existia. Quer já exista quer não exista separação de como, a decisão que defira o pedido é constitutiva modificativa (= negativa em parte), porque corta, se e

enquanto, o dever de viver sob o mesmo teto e de relações sexuais e relações sociais em comum, subsistindo o dever de sustento. Ainda que exista a separação de fato, não tem conseqUências jurídicas; é o alvará que as dá. Por isso, argumentou com acerto a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de fevereiro de 1950 *(RT* 185/846):

"A separação dos cônjuges, por fato próprio, é falta a dever matrimonial e produz efeitos que podem ser danosos a algum deles (abandono, injúria etc.). Devendo iniciar-se litígio, surge causa que torna justa a separação, até então irregular. Não há motivo para que persista a danosa situação de fato, quando ela pode ser transformada em situação perfeitamente disciplinada. Não devem continuar, durante a demanda, os efeitos que dela vinham decorrendo, e que por vezes se completariam dentro em certo tempo." Se foi ou vai ser proposta separação de corpos, não tem o juiz arbítrio de deferir ou não. A pretensão do cônjuge é pretensão constitutiva modificativa, só exercivel por meio de pedido ao juiz (3ª

Câmara, 17 de novembro de 1949, 185/338: "O art. 223 do Código Civil, invocado pelo próprio Juiz em sua decisão, determina que o pedido de separação de corpos seja instruído com os documentos que a autorizem. Realmente, a única prova indispensável para o deferimento de tal pedido, é a do casamento. É impertinente a discussão a respeito dos fatos que tenham levado qualquer dos cônjuges à resolução de se desquitar E nem há de examinar a conveniência da separação provisória, porque constituí ela direito dos cônjuges, que não está subordinado à prova desse requisito. Aliás, a conveniência da medida só pode ficar a critério dos próprios cônjuges e é sempre manifesta, pois decorre da impossibilidade de coabitação de pessoas que se degladiam num processo contencioso de desquite. A conveniência da separação constituí, mesmo, o fundamento moral da regra do art. 223 citado. Mesmo a prova de que o agravante abandonou o lar não pode ser apreciada, porque é evidente que tal abandono pode ter sido provisório, à espera do alvará de separação de corpos, que virá legalizar a situação. Sem este alvará, porém, aquele abandono importará em quebra dos deveres conjugais, que eventualmente poderá ter sérias consequências"; 1ª Câmara, 28 de outubro de 1947, 171/ 288: "O

Código Civil, como se vê, exige apenas que o autor instma o pedido com documentos que autorizem a separação. Por sua vez, o Código de Processo Civil, incluindo a matéria entre as medidas preventivas dos processos acessórios, regula o seu processamento nos arts. 682 a 685, segundo os quais, sendo contestado o pedido, o juiz procederá a uma

instnição sumarla, facultando as partes a produção de provas, dentro de um tríduo, e decidindo, em seguida, de acordo com o seu livre convencimento. Mas, assim dispondo, não quer a lei que seja demonstrada, preliminarmente, a procedência da ação, nem que seja ministrada, desde logo, a prova da ação que ainda se vai iniciar. Em suma, a prova sumária que a lei exige deverá ser quanto baste para justificar a separação, o motivo do próprio desquite, para evitar que essa separaçãO

seja determinada na ausência absoluta de qualquer motivo legal que legitime a intenção do autor.").

Nem se justificaria o indeferimento por estarem separados, de fato, os cônjuges (sem razão, a 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de maio de 1944, *RT* 154/138).

A decisão de separação de corpos não tem eficácia inestanque: ou o cônjuge que a pediu propõe a ação de separação judicial (ou o outro cônjuge propõeX nulidade ou anulação e tem eficácia constitutiva até que transite em julgado a decisão proferida na ação de separação judicial, de nulidade, ou de anulação (1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de março de 1949, *RT* 180/ 699), quer favorável, quer desfavorável ao cônjuge autor, ou reconvinte, ou cessa a eficácia da decisão por não ter sido proposta dentro do prazo, ou por tê-la desconstituido, *ex* nunc, o juiz. Se os alimentos provisionais dependem da separação de fato, especial, ou se não dependem, só as circunstâncias podem dar ensejo a resposta justa. Podem ser deferidos alimentos provisionais a cônjuges que estão sob o mesmo teto, separados os corpos.

§ 817. Residência e domicílio

1. *Regras a respeito.* Decretada a separação de como, pode a mulher mudar de residência, nada tendo o juiz com a escolha que ela faça. Nos casos em que o domicilio do marido é *o* domicílio da mulher, o curador daquele lhe pode mudar a residência. O domicílio continua a ser o do chefe da sociedade conjugal, embora tenha havido a separação de corpos. Outra consequência é relativa aos filhos, sendo de notar-se que há arbítrio judicial quanto àcolocação deles

(residência temporária).

2. *Desacordo.* Se não há acordo sobre qual dos cônjuges há de deixar o prédio em que vivem, ou o apartamentO~ ou o quarto de hotel, cabe ao juiz decidir, atendendo às razões que apresentam, sem existir qualquer regra legal que obrigue a orientação fixa. No caso de igualdade de razões, é justo que dê preferência à pretensão da mulher

§ 818. Alimentos provisionais

1. *O que compreendem os alimentos provisionais.* Os alimentos provisionais compreendem casa, comida, vestes, transporte etc., e as despesas com o processo até o final da sentença (arg. Código de 1973, art. 852, parágrafo único).

Alguns autores falam, sem darem valor ao significado da palavra, de "adiantamento". Noção absurda, porquanto todos os alimentos prestados o são em virtude da regra jurídica do art. 224, como direito mesmo da mulher, e não como qualquer adiantamento. Por maiores que sejam, não serão deduzidos do que a mulher vier a receber, por ocasião da entrega dos bens.

2. *Legitimação ativa.* Legitimada ativa é a mulher, e não o homem; todavia, quando a mulher é obrigada à alimentação do marido (ou por doença desse, ou motivo semelhante, com fundamento no art. 231, III, ou, no caso de regime da separação de bens, conforme o art. 277), pode o marido pedir os alimentos provisionais. O art. 224 apenas cogitou do que mais acontece, que é precisar a mulher de alimentos para a ação de nulidade ou de anulação, ou de separação judicial.

3. *Quando podem ser pedidos.* A lei diz que a mulher pode pedir os alimentos provisionais quando concedida a separação (Código Civil, art. 224; Código de Processo Civil, art. 852, 1, *in Jine).* Nada obsta a que, numa só petição, ou em duas petições simultâneas, se peçam a separação de corpos e os alimentos provisionais. O juiz é que não deve

conceder os alimentos antes de conceder a separação, ainda que o faça num mesmo despacho.

A pretensão a alimentos provisionais nasce da separação *judicial* de corpos. E um dos efeitos dessa. Não depende de apuração de culpa ou não-culpa da mulher. Desde que se deferiu o pedido de separação de corpos, há a pretensão. Nada obsta a que se cumulem os pedidos, porque se entendem sucessivos, O art. 24 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, nada tem com os alimentos provisionais (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de outubro de 1941, *RT* 136/181; 2ª Câmara, 24 de agosto de 1943, 150/128). Se houve a separação judicial, não se pode apurar se a saida do lar foi com ou sem razão (1ª Grupo de Câmaras Civis, 12 de maio de 1940, 132/544; 4e Câmara, 14 de agosto de 1940, 131/610; sem razão, a 5ª Câmara, a V de fevereiro de 1940, 126/106, que aliás se afastou do acórdão das Câmaras Reunidas, a 22 de julho de 1938, 118/238). Os alimentos provisionais independem da causa da separação judicial, ou do fundamento da ação de nulidade, ou de anulação (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 3 de julho de 1951, *RF* 139/172). Dão-se, se o cônjuge deles precisa (4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 22 de abril de 1949, *RF* 127/463; 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de outubro de 1951, *RT* 196/283), sem importar qual seja o regime matrimonial de bens (5ª Câmara, 19 de novembro de 1948, 125/509). O juiz não pode demorar ou protelar a decisão, pois nada têm com os alimentos que hão de ser prestados após a dissolução da sociedade conjugal (Conselho de Justiça, 11 de novembro de 1947, 129/ 469). Nenhuma apreciação de culpa da mulher, que os pede, tem o juiz (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de maio de 1944, 154/138 1C Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de maio de 1949, 180/621; indecisa, sem razão, a @ Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 6 de dezembro de 1945, 162/684); porém nada têm com o que tenha a receber de bens seus, ou comuns, a mulher (absurdos os acórdãos da 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 25 de maio de 1943, *RF*

97/162, e da V Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1944, *RT* 158/157). A eficácia da decisão que defere alimentos provisionais vai até transitar em julgado a decisão que dissolva a sociedade conjugal (20 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de agosto de 1949, *RT* 182/146; 4ª Câmara, 24 de fevereiro de 1949, 179/739), ou cessar a separação judicial de corpos. Não se incluem os honorários do advogado (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de maio de 1949, *RT*

181/333). Se a mulher é condenada, ou se é vencida na ação que propôs, os honorários correm por conta dos bens particulares, ou como divida que se não comunica (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 3 de julho de 1951, *RE* 139/172: "Os alimentos provisionais independem da causa do desquite. Mas os honorários de advogado só podem ser incluidos na condenação se o cônjuge que a obtém não é culpado. Se o é, os honorários correm à conta da sua meação."). São devidos desde que se tornaram necessários, e.q., por ter o marido abandonado o lar (2ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de janeiro de 1949, *RT* 179/125), ou por ter a mulher saido de casa para propor a ação. Trânsita em julgado a sentença de dissolução, os alimentos não são mais provisionais e corre por conta dos bens da mulher o que se continuar prestando. Não é de admitir-se a opinião da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de outubro de 1947 *(RT* 17 1/286), que afirma a provisionalidade dos alimentos até que se julgue e transite em julgamento a partilha. Se a sentença os concedeu definitivos, cessa a prestação de alimentos provisionais com o trânsito em julgado da sentença (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 21 de maio de 1946, 164/223); se os não fixou, qualquer prestação é por conta do que caiba à mulher, na partilha, ou por conta da renda dos bens particulares, ou por assunção de divida pela mulher. Alguns acórdãos falam de se apurar a culpa da mulher no abandono do lar, ou certo fato, para se saber se são de ser deferidos os alimentos provisionais, se não houve decretação da separação judicial de corpos. Há confusão. O que se passou não importa, salvo para o julgamento da ação de separação judicial. Os alimentos provisionais são de deferir-se desde que se deu a separação judicial; se quem os pede não na pediu, tem-se antes de decretar a separação, de que nasce a pretensão aos alimentos provisionais.

Na doutrina e na jurisprudência brasileira têm aparecido diferentes interpretações. O Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 9 de abril de 1921, firmou que a concessão de alimentos provisionais dependesse da concessão da separação de corpos. Há quem pretenda bastar a separação de fato, o que é absurdo, porquanto a separação de fato é, conforme a expressão mesma, só de fato, e não de direito. Outros, ainda, insinuam que os alimentos provisionais, de regra, devem preceder o pedido de separação de como, pois que esse exige despesas (2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 3 de janeiro de 1928, *AJ* V/224 s.). A primeira vista, o argumento parece de peso, porém não no é. Quem pode pedir, em qualquer das ações referidas, alimentos provisionais, pode, na mesma petição, reclamar a separação de corpos: as despesas são as mesmas. Em verdade, os alimentos

provisionais são, em parte, dependentes da separação de corpos; mas isso não quer dizer que não possam ser simultâneos os pedidos, nem na mesma decisão a concessão de ambos.

4. *Renovação* do *pedido, insuficiência dos alimentos concedi* dos, *novos pressupostos.* Concedida a separação de corpos, a qualquer tempo são reclamáveis os alimentos provisionais, e renovado o pedido, ou por serem insuficientes, ou por terem surgido novos pressupostos. Em qualquer das hipóteses, abrangem os alimentos presentes, passados e futuros, sendo de notar-se que e errada a interpretação que só os quer devidos desde a data da separação de como, uma vez que a pensão alimentícia já abrange os atos da propositura da ação, inclusive as despesas com o pedido de separação de corpos e dos próprios alimentos provisionais, judiciais ou não (sem razão, a 2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 3 de janeiro de 1928, que os fixava da data da separação de corpos). Quanto aos alimentos anteriores aos atos e fatos articulados na propositura da ação, não se fundam eles no art. 224, e sim no art. 231, III.

O assunto merece algumas precisões. Se a mulher vem a conhecer o fato com que se enganara e, em conseqüência da situação criada pelo início do prazo prescricional, se afasta do lar os alimentos desde esse momento, embora anteriores à propositura da ação, são provisionais, isto é, *ex* art. 224. Se já estava separada do marido, de fato, quando cessou a ignorância da causa de anulabilidade, são alimentos regidos pelo art. 231, III, os que se lhe devem até cessar a ignorância, e provisionais, ou regidos pelo art. 224, os que se lhe devem desde esse momento (inclusive).

5. *Necessidade de serem pedidos.* O juiz não pode ordenar que se prestem alimentos provisionais, sem que o cónjuge os requeira. Se não cabe a separação de corpos, é porque pareceu ao exame judicial que nenhum fundamento tinha a ação de nulidade, ou de anulação, ou de separação judicial. Nesse caso, pode o juiz negar os alimentos provisionais, mas tudo aconselha a que não exijam os juizes grandes probabilidades do bom êxito da ação intentada, pois que seria prejulgar-se a causa. Tampouco poderiamos admitir qualquer exame da inocência do cônjuge, que os pede: seria o prejulgamento mais grave, — o da inocência ou da culpabilidade do alimentando. Aliás, conforme bem frisou o Tribunal de Justiça de São Paulo (31 de março de 1922), os alimentos provisionais nada têm com o mérito das ações

de nulidade, de anulação, ou de separação judicial. Por outro lado, uma vez que os alimentos provisionais nada têm com os alimentos com que o marido há de concorrer para a subsistência da mulher, isto é, o art. 224 nada tem com o art. 231, III, errou o Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 10 de setembro de 1930, quando os recusou à mulher que abandonara o lar sem justo motivo. Os alimentos para a lide e durante ela são devidos ainda que o cônjuge seja totalmente culpado.

Os alimentos provisionais são devidos até passar em julgado a sentença e satisfeita qualquer outra exigência legal, posterior; *e.g.,* de ordem registrária. Ou até cessar a eficácia da decisão quanto à separação judicial de como. Tal eficácia cessa com a dissolução da sociedade conjugal, inclusive por morte, ou se não foi proposta em tempo a ação de que se fatou (Código de 1973, arts. 806 e 808, 1). Se não foi marcado prazo, somente cessa com outra decisão do juiz que o decrete (decisão desconstitutiva, *ex nunc,* da que o deferiu).

6. *Aplicação do art. 400 do Código Civil.* Arbitram-se ou fixam-se os alimentos provisionais de acordo com o art. 400

do Código Civil, a cujo estudo nos reportamos. Leiam-se também os arts. 800-812 e 852-854 do Código de Processo Civil. Da decisão que concede (Código de 1973, art. 854, parágrafo único) ou nega em limine alimentos provisionais cabe o recurso de agravo de instrumento (Código de Processo Civil, arts. 162, § 2ª, 522, 524-529); da sentença que os concede, ou nega, o recurso é o de apelação (Código de 1973, ads. 162, § 1% 513-519), a ser recebida só no efeito devolutivo (art. 520, IV), com executabilidade provisória (art. 521, 2ª parte), posto que o possa também no efeito suspensivo (art. 558, parágrafo único).

7. *Processo* do *pedido e princípio de ordem pública.* O foro competente é o da própria ação de nulidade ou de anulação, ou o da ação de divórcio, ou o da separação judicial, ou o que seria competente para se propor, nele, qualquer dessas ações.

A pretensão para haver alimentos provisionais prescreve em vinte anos (2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 31 de agosto de 1923, RD 73/176).

Concedidos os alimentos provisionais, são devidos enquanto há litígio ou alguma das formalidades do nº 5, *in fine*.

Entram na partilha dos bens os recebidos a mais (5ª e 6ª Câmaras da Corte de Apelação do Distrito Federal, 27 de dezembro de 1930, *Ai* 17/200). Devem-se, ainda que não caiba o recurso interposto. Contam-se desde a separação de como, ou de antes dela, uma vez que se justifiquem como provisionais. A mulher pode receber os que foram arbitrados, e agravar (3ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 30 de janeiro e 20 de março de 1930, *RD* 98/186, sobre o cabimento do agravo no auto do processo, sob o Código de 1939).

A regra do art. 224 do Código Civil é de ordem pública (Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de maio de 1931, *RT* 78/

565). Por ser de ordem pública o art. 224, qualquer não-domiciliada, que proponha, em foro brasileiro, ou que pretenda propor, nele, ação de nulidade de casamento, de anulação, ou de divórcio, ou de separação judicial, *ainda que a lei competente* (a sua lei pessoal) não consagre *o princípio do art.* 224, tem direito a alimentos provisionais, como *corte* da lei brasileira aos efeitos da lei pessoal do não-domiciliado.

8. *Decisão* da *ação de separação judicial ou de nulidade ou de anulabilidade.* O Tribunal de Justiça de São Paulo, a 18

de agosto de 1906, entendeu que se julga prejudicada a ação de alimentos provisionais se a ação de separação judicial ou de nulidade ou de anulabilidade foi decidida. Tal proposição somente é certa se a sentença foi contra quem os pedia, ou se, tendo sido a favor, nela se condenou a alimentos, inclusive os provisionais. O mesmo Tribunal de Justiça resolveu que os alimentos provisionais, em caso de abandono de lar, são devidos ainda que se não haja proposto, ou não se vá propor ação de separação judicial (18 de agosto de 1933), — confusão lamentável entre alimentos comuns, devidos pelo marido à mulher, e alimentos provisionais. Por onde se vê que os juizes precisam atender, com mais cuidado, à diferença entre o direito do cônjuge fundado no art. 231,111, e o direito que lhe nasce do art. 224.

§ 819. Ação rescisória e nulidade

1. *Rescisão de sentença proferida sobre nulidade ou sobre anulação de casamento.* Temos agora de tratar de questão extremamente grave: A casa-se com B, e é julgado nulo, ou anulado, o casamento AB; após passar em julgado a sentença e devidamente averbada (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 29, § 1ª, *a),* fl parte, e 100, *pr.,* 1) parte), A casa com C. B propõe, dentro do biênio marcado para as rescisões de sentença, a ação rescisória contra a sentença que decretou a nulidade ou anulou o casamento AB. Qual a sorte do segundo casamento, ou casamento AC?

2. Coisa *julgada.* O direito canônico não conferia valor de coisa julgada a decisões em matéria de nulidade do casamento, *e.g.,* se fundadas em juramentos. Quando a verdade vinha à luz, volvia a valer o casamento, e nulos eram os atos ligados à sentença e inconciliáveis com a validade, inclusive o casamento posterior com outra pessoa. Há, porém, notícia de que houve tentativa de considerar irretratável a decisão, se segundo casamento foi contraído, porém sem que se lograsse afastar de todo aquela atitude. A Igreja sentiu que o problema era de extrema delicadeza: *e.g.,* o papa Gregório achava que podia ser restabelecido o primeiro casamento; opinião contrária tinha Hincmar de Reims; Inocêncio III entendia que o primeiro casamento seria o único a valer.

A solução de Alexandre III foi no sentido da validade do segundo casamento, se bem que considerasse adultério as relações derivadas dele. Dois casamentos válidos. E adultério!

a) Solução da Decretal atribuida a Gregório (C. II, C. XXXIII, qu. 1): "Vir autem qui frigidae naturae est maneat sine coniuge. Quod si et illE aliam copulam acceperit, tunc hi qui iuraverint periurii crimine rei teneantur et, poenitentia peracta, priora cogantur recipere connubia."

b) Solução de Hincmar, no cânon *Si per sortia rias* (C. IV, C. XXXIII, qu. 1): "Quod si forte sanari non potuerint separari valebunt. Sed postquam alias nuptias expetieriint, illis in carnis viventibus quibus iuncti fuerant, prioribus quas reliquerant, etiam si possibilitas

concumbendi eis redelita fuerit, reconciliari nequibunt." *c)* Solução de Inocêncio III: "Quod nunquam poterat esse mater aut coniux, tanquam cui naturale deesset instrumentum inter ipsam et visum divortium celebrasti ... Contigit autem postea quod mulier invenit qui deras huiusmodi reseravit et G ... latori praesentium supernupsit ... Nos perspicaciter attendentes quod impedimentum illud non erat perpetuam, quod praeter divinum miraculum per opus humanum absque corporali periculo potuit removeri, sententiam divortii per errorem, licet probabilem, novimus esse prolatam, cum pateat ex post facto quod ipsa cognoscibilis erat illi cuius simili commiscetur; et ideo inter ipsam et primum virum dicimus matrimonium extitisse; quare inter eam et praefactum matrimonium non esse censemus.

d) Solução de Alexandre III (J. Dauvillier, *Le Mariage dans le Droit classique de l'Eglise,* 304; e nota a E. Esmein, *Le Mariage en droit canonique,* II, 98). Foi exposta acima.

Nos nossos dias, o problema foi estudado por juristas alemães e por nós, nos livros *A Ação Rescisória contra as Senten-*

ças, Tratado de Direito de Família e nos *Comentários ao Código de Processo* Civil.

3. *Dois casamentos e rescisão de sentença.* Em contraposição a G. Planck e Heinrich Dernburg, que atendiam à eficácia *ex tunc* da sentença rescindente, adotou Konrad HelRTig a opinião contrária: em vez de valer o primeiro, como queriam aqueles, pugnou ele pela validade do segundo casamento.

Essa polêmica já atravessou mais de meio século. Iniciou-a Friedrichs *(Deutsche Juristen-Zeitung,* IV, 1899, col. 18), em 1899. Parecia-lhe que, se rescindida a sentença dissolutiva do primeiro casamento, ficava o homem duas vezes casado. G. Planck *(Biirgerliches Gesetzbuch,* IV, 18) já havia considerado nulo o segundo, e veio à arena impugnar a tese de Friedrichs: sendo *ex tunc* a eficácia, a verdadeira situação foi restaurada pelo julgado, uma de cujas conseqUências teria de ser, em virtude da validade do primeiro casamento, a nulidade do segundo (G. Planck, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* IV, col. 38). Como G. Planck, Heinrich Dernburg *(Das Etirgerliche Recht,* IV, 54, nota 4). Como Friedrichs, Pfleger *(Deu tsche Juristen-Zeitung,* 30, col. 655; cf. Stôlzel, col. 808).

Faltava falar um processualista, K. HelRTig *(Deu tsche JuristenZeitung,* IX, col. 835, 5.; *Grenzen der Rúckwirkung,* 51), que apareceu, impugnou ambas as opiniões. Para ele, vale o segundo, e a ação de restituição (a nossa rescisória) não pode trazer à vida o primeiro casamento que fora dissolvido. As suas razões foram as seguintes: o ato de divórcio é ato de estado, sentença constitutiva; opera *inter omnes.* A sentença rescindente tem dois elementos: um, relativo ao pleito *inter partes,* culpa, consequências de ordem individual; e outro, que é o ato constitutivo, ato que não desapareceu, por certo, com a rescisão do julgado. Tudo giraria em torno da declaração de direito e da constituição de direito, da Rechts *deklaration* e da *Rechtsgestaltung.*

Cp. L. 15, D., *de rebus dubiis,* 34, 5: "ex post facto retro ducitur et apparet, quid actum est." L. 98, § 3, D., *de* solutionibus *et liberationibus,* 46, 3: "... utique cuius fuerit, eventus declaret sitque et hoc ex his, quae post factis, in praeteritum quid fuerit, declarent"; L. 16, D., *de captivis,* 49, 15: "Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit." Oetker respondeu *(Deu* tsche *Juristen-Zeitunq,* IX, cols. 1.030-1.032) a K. HelRTig, colocando-se, com argumentos reforçados, ao lado de G. Planck.

Nos comentários e nas revistas, a discussão prosseguiu. Davidsohn *(Das Recht der Ehescheidung,* 17), J. Erler *(Ebes-cheidungsrecht,* 2ª ed., 56, nota 3), O. Lehmann (Familienrecht, *Das Búrgerliche Recht,* 2ª ed., II, 417), O. Opet, A. B.

Schmidt e outros ficaram do mesmo lado que G. Planck. Waldecker veio engrossar-lhes a fileira: chamou a atenção para o fato, bem discutível aliás, de não ter importância para o foro criminal a sentença de divórcio, a que se seguiu, no qUinqUênio, a rescisão; se a primeira sentença foi constitutiva de estado, não o é menos a segunda. Como G. Planck, também F. Engelmann, Warneyer e outros.

Do lado de HelRTig, — Josef Kohler, M. Scherer, E Endemann e Wurzer; na Suíça, Egger e, quanto à ação de nulidade de casamento, estivemos, no Brasil, nós. Em todo o caso, entendíamos que a rescisão operaria *ex* tunc e o primeiro casamento também valia nos *efeitos que não fossem* os *sexuais,* Melhor meditaçao afastou-nos de tal caminho, no *direito brasileiro.*

Em toda a polêmica ressalta o pôr-se em segunda plana o direito

processual, como se ele não tivesse princípios próprios.

Dentro dele é que se tem de colocar o problema, porque é direito objetivo, como os outros ramos do direito, e se trata, não de fato de direito material, mas de fato de direito processual: eficácia da rescisão de sentença, retomada e limites da retomada da *prestação jurisdicional* que se entregou. Se a questão for levada ao plano internacional, não só é a lei pessoal que tem de ser consultada, na espécie, mas também a *lex* fori.

No direito brasileiro, dissemos, a verdadeira solução é a seguinte: "A sentença da rescisão produz a sua eficácia e o primeiro casamento é declarado válido. Qualquer dos cônjuges pode propor a anulação do segundo por erro, pois que, casando-se, se enganara. De regra, ter-se-á como putativo. E de excluir-se a putatividade quanto ao cônjuge que *conhecia* a rescindibilidade da sentença que declarou nulo ou anulara o segundo casamento. Aliás, contra esse, ainda que de boa-fé quanto à sentença de não-validade do primeiro casamento, se foi o que se aproveitou da sentença, pode ser proposta a ação de nulidade por bigamia, ou, se casou com o que teve rescindida a sentença, por bigamia do outro cônjuge. O Estado conserva o seu direito de atacar como nulo o casamento AC (segundo), ainda que de boa-fé ambos os cônjuges, salvo a esses ou a um deles pedir a putatividade. Subsiste o primeiro casamento; o segundo, não. O dever conjugal liga-se à sociedade correspondente ao primeiro casamento, e não à do segundo." Reestudo dci direito processual, desde os seus fundamentos, e os esforços que custou o comentário ao Código de Processo Civil levaram-nos a melhor acentuar a solução.

As sentenças que pronunciam a nulidade ou a anulação do casamento, como as que julgam procedente o pedido de divórcio, são *sentenças constitutivas negativas.* A sua eficácia preponderante, assunto que versamos nos *Comentários ao Código de Processo Civil,* é *erga omnes,* e não a de coisa julgada material, que seria só entre partes. O segundo casamento foi entre pessoas que não estavam casadas. A sentença que rescinde a sentença constitutiva negativa de nulidade ou de anulação do primeiro casamento restaura *o* estado de casados, *ex tunc.* Tudo isso é cedo. Mas o segundo casamento foi feito, *existe;* é eivado de nulidade, porém isso só se pode discutir na ação de nulidade de que ele seja objeto. Ação nova. Provavelmente será tido como putativo para ambos os cônjuges.